Der Vorbehalt
im Bürgerlichen Gesetzbuch

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Walther Beyer
Referendar in Rheydt.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1912.

Referent: Professor Dr. Matthiaß

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553616_0083

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung; Umgrenzung der Aufgabe 1

Erster Hauptabschnitt.

§ 2. Der Vorbehalt im Sprachgebrauch des täglichen Lebens 3

Zweiter Hauptabschnitt.

Der Vorbehalt im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 3. Erster Teil: Übersicht der Anwendungsfälle im Bürgerlichen Gesetzbuch 4

Zweiter Teil: Die Untersuchung der einzelnen Fälle.

§ 4. A. Der Vorbehalt des § 116 5

B. Die übrigen Anwendungsfälle.

I. Der Vorbehalt wirkt rechtserhaltend.

1. Als einseitige Willenserklärung:

§ 5. a) § 341 6

§ 6. b) § 464 8

§ 7. c) § 640 9

§ 8. d) § 1001 9

2. Als zweiseitige Willenserklärung:

§ 9. a) § 1253 10

§ 10. b) Die Zahlung unter Vorbehalt 11

§ 11. c) Die Aufrechnung unter Vorbehalt 21

II. Der Vorbehalt wirkt rechtsbegründend:

§ 12. a) §§ 328, 331, 332 23

§ 13. b) §§ 346, 357, 358, 359, 360, 506, 1238, 2293, 2298 . 28

§ 14. c) § 455[1] 34

§ 15. d) §§ 497, 503 41

§ 16. e) § 881 44

III. Die übrigen Fälle:

§ 17. a) §§ 1790, 1871 49

§ 18. b) §§ 1190, 1271 50

§ 19. c) § 2086 51

§ 20. d) § 219 52

§ 21. Dritter Teil: Kritik und Ergebnis der Untersuchung 53

§ 22. Vierter Teil: Ist in dem Nichtausüben des Vorbehalts ein Verzicht zu erblicken? 57

[1]) Trotz der rechtserhaltenden Natur ist der Eigentumsvorbehalt wegen des mit ihm verbundenen Rücktrittvorbehalts an dieser Stelle behandelt.

Literaturverzeichnis.

Bade, Über Bedeutung und Wirksamkeit des sog. pactum reservati dominii. Diss. Rostock 1899.

Behrens, Der Eigentumsvorbehalt nach § 455. Diss. Göttingen 1903.

Behrens, Die Erfüllung unter Vorbehalt. Diss. Göttingen 1900.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1886.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Binder, Korrealobligation im römischen und im heutigen Recht. Leipzig 1899.

Burdorff, Das Wiederkaufsrecht. Diss. 1906.

Cohn, Erlaß und Verzicht nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 47 S. 221.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

Cretschmar im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 82 S. 127.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Tübingen 1905.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Jena 1897.

Daubenspeck, Referat, Votum und Urteil. Berlin 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1899.

Dernburg, Pandekten. Berlin 1894.

Deutsche Juristenzeitung.

Eccius, Das Recht auf Eigentumsverschaffung beim Kaufe. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 494.

Eccius, Die Zahlung unter Vorbehalt. In Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 15 ff. und S. 233 ff.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Berlin 1903.

Eisele, Kompensation nach römischem und gemeinem Recht. Berlin 1876.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1905.

Enneccerus, Das bürgerliche Recht. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1906.

Flatau, Die Pfändung des aufschiebend bedingten Eigentumsrechts. Diss. Berlin 1909.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 5. Aufl. Berlin 1887.

Förtsch, Die sogen. eventuelle Aufrechnung unter dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 225.

Fuchs, Zur Lehre vom Grundbuchrecht. Bd. 1. 1902.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1903.

Hahn, Der Wiederkauf. Magdeburg 1902.

Hellmann, Zur Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetz und Rechtswissenschaft Bd. 41 S. 209.
Hellwig, Deutscher Zivilprozeß. Bd. 1. 1903.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
Heuser, Das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kaufvertrag. Diss. Erlangen 1899.
Hohenstein im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 76.
Jsay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts. Jena 1899.
Jaffé, Der Eigentumsvorbehalt beim Kaufe. Diss. Leipzig 1910.
Jacubetzky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1892.
Juristische Wochenschrift.
Kaufmann, Kommentar und Institutionen zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bonn 1900.
Kisch, Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.
Koch, Das Recht der Forderungen. 2. Aufl.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.
Kretschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. 1902/03.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1903.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1904.
Leonhard, Aufrechnung. Göttingen 1896.
Leonhard, Adolf, Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigentum. Hannover 1843.
Lesser, Inhalt der Leistungspflicht. In Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, von Leonhardt, Heft 29 1909.
Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. 1899.
Liebrecht in den Blättern für Rechtspflege 1905 S. 13.
Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. Rostock 1902.
Martinius, Leistungsrückstand nach Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. Im Archiv für zivilistische Praxis 1905 Bd. 97.
Martinius, Die Vorbehaltszahlung. In Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 760.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.
Meißels, Zur Lehre vom Verzicht. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 19 S. 1.
Meißels, Zur Lehre vom Verzicht. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 665.
Milarch, Wesen, insbesondere rechtliche Konstruktion des Wiederkaufsrechts. Diss. Erlangen 1906.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Neißer, Der Vorbehalt des Zahlenden. In Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 275.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 5. Aufl. Berlin 1909.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1910.
Oertmann, Die Bedeutung der Rücktrittserklärung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 69.
v. Pestalozza, Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB. München 1904.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1906.
Protokolle über die Lesung zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Pudor, Der Vorbehalt des Eigentums nach § 455. Diss. Leipzig 1903.

Rawitzki, Das vorbehaltene Rücktrittsrecht. Diss. Leipzig 1903.
Recht. Juristische Zeitschrift.
Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1903.
Reichsgerichts-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Nürnberg und Leipzig 1910.
Römer und **v. Meibom,** Beiträge zur Lehre von der Erfüllung. Stuttgart 1877.
Schloßmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 45: Anspruch und Klage.
Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. 1906.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1904.
Schüly, Die Beweislast bei der auflösenden Bedingung und beim Vorbehalt. Diss. Heidelberg 1910.
Seckel, Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. In der Festgabe für Dr. Koch. Berlin 1903.
Serini, Rangvorbehalt und Zwischenhypothek. Diss. München 1900.
Schütze, Der Wiederkauf. Diss. 1899.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1906.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. München und Berlin 1910.
Stern, Eigentumsvorbehalt bei Veräußerung beweglicher Sachen. Diss. Jena 1907.
Stölzel, Schulung für zivilistische Praxis. Bd. 2. 1906.
Stölzel, Zur Verständigung über die Eventualaufrechnung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 24 S. 50.
Strohal in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 33.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. Leipzig 1900.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen. Paderborn 1906.
Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.
Wanjura, Der Eigentumsvorbehalt an Grundstücken und an Fahrnis. Breslauer Diss. Borna-Leipzig 1907.
Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung. 1904.
Weißmann, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 26 S. 1.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt 1906.
Wiesand, Der Verkauf mit Rücktrittsvorbehalt. Diss. Leipzig 1905.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf. 1889, 1890.

Einleitung.

Umgrenzung der Aufgabe.

§ 1.

So dankenswert die Tatsache bei dem Erscheinen des Bürgerlichen Gesetzbuches begrüßt werden durfte, daß dasselbe zahlreiche heiß umstrittene Rechtsfragen durch eine definitive Stellungnahme entschieden hat, wie z. B. den Kauf auf Probe als einen Kauf unter einer Suspensivbedingung (§ 495) oder den Streit der Theorien betreffend Konzentration bei einer Gattungsschuld durch die Erfüllungstheorie (§ 243 Abs. 2), kann man doch andererseits feststellen, daß der Gesetzgeber an zahlreichen Stellen einer gewissen Ungenauigkeit der Begriffe dadurch Vorschub leistet, daß er für einen genau begrenzten Tatbestand einen Rechtsbegriff bildet, dessenungeachtet aber diese nämliche Bezeichnung an anderen Stellen in völlig verschiedener Bedeutung anwendet. Wie sein Sprachgebrauch z. B. die Begriffe „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ ohne jeden Unterschied gebraucht,[1]) ebenso ungenau und verwirrend ist die Begrenzung des Tatbestandes, den das Bürgerliche Gesetzbuch unter den Ausdruck „Vorbehalt“ subsumiert. Schon bei einer flüchtigen Betrachtung der zahlreichen im Bürgerlichen Gesetzbuch verstreuten Fälle des Vorbehaltes leuchtet einem auf den ersten Blick die Unmöglichkeit einer einheitlich festgesetzten und strikte durchgeführten Begriffsbestimmung des Vorbehaltes ein. Aus dieser innerlichen Verschiedenheit der einzelnen rechtlichen Tatbestände, bei denen allerdings eine gewisse Verwandtschaft nicht zu verkennen ist, als auch aus der Tatsache, daß weder im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch im konkreten Anwendungsfalle eine einheitliche Regelung des Vorbehaltes, seiner Entstehung, Wirkung und formellen Behandlung vorgenommen wurde, ersieht man unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber eine fest nor-

[1]) s. Mot. Bd. 1 S. 126; Endemann Bd. 1 S. 255; Enneccerus Bd. 1 S. 124; Eck S. 116; Isay S. 2; Rehbein S. 101; Oertmann Bd. 1 § 104 Vorbem. I, 2.

mierte Begriffsvorstellung des Vorbehalts nicht geben wollte. Dies dürfte wohl darauf zurückzuführen sein, daß dieser Begriff in der Wissenschaft verhältnismäßig unbeachtet geblieben und daher Meinungsverschiedenheiten durch eine bestimmte Terminologie nicht beizulegen waren, oder darauf, daß ein Widerspruch zwischen der Anwendung eines so vieldeutigen Begriffes im praktischen Leben und dem Erfordernis einer klaren Rechtssprache sich bis zur Feststellung des Gesetzestextes nicht ergeben hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch nahm daher einfach den vorhandenen Begriff aus dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens in den Gesetzestext auf.

Aufgabe nachstehender Ausführungen soll es sein, die gesamten Anwendungsfälle des Vorbehaltes im Bürgerlichen Gesetzbuch einer kritischen Prüfung zu unterziehen, eine einheitliche Wirkungsbegrenzung des Tatbestandes des Vorbehaltes festzustellen und eine reinliche Scheidung derjenigen Fälle herbeizuführen, auf welche die gefundene Terminologie trotz gleichklingenden Wortlautes schlechterdings nicht anwendbar ist. Eine überraschende Tatsache bildet der Mangel an Spezialliteratur, obwohl doch der Vorbehalt tief in das praktische Leben eingreift und eine der häufigsten Verabredungen bei Rechtsgeschäften bildet.

Um zu einer abschließenden Untersuchung und einem vollständigen und lückenlosen Bild des Vorbehaltsbegriffes im einzelnen zu gelangen, darf der Forschung nicht zu enge Grenzen gezogen werden. Den Umfang des Untersuchungsgebietes gibt uns das bei der Arbeit vorschwebende Ziel, den Ausdruck Vorbehalt von allen Seiten zu beleuchten und durch Hervorheben und Zusammenfügen der gefundenen charakteristischen Momente die Möglichkeit einer Übereinstimmung und so einen einheitlichen Wesensbegriff zu gewinnen. Diejenigen Fälle des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in welchen erwiesenermaßen eine unrichtige und daher verwirrende Version des Vorbehaltes angewandt wurde, sind als solche zu charakterisieren und bei dem schließlichen Ergebnis außer acht zu lassen. Bei der Besprechung der Paragraphen ist eine kurze, aber umfassende Darlegung des konkreten Tatbestandes zu geben; zugleich sind die den Vorbehalt berührenden Fragen und strittigen Theorien zu berühren, während andererseits zahlreiche auf den Vorbehaltsbegriff in keiner Weise bezüglichen Punkte nur kurz (durch einen Hinweis in einer Anmerkung) behandelt werden durften.

Erster Hauptabschnitt.

Der Vorbehalt im Sprachgebrauch des täglichen Lebens.

§ 2.

Wie aus den nachstehenden Ausführungen sich ergeben wird, hat das Gesetz den Begriff Vorbehalt dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens entnommen und ihn ohne Festsetzung einer begrenzten Formulierung da gebraucht, wo der ihm anhaftende verkehrsübliche Sinn betont werden sollte. Es ist daher erforderlich, seine Anwendung, welche er im täglichen Leben erfährt, näher auszuführen.

Wenn man sich etwas vorbehält, so will man sich durch diese Erklärung etwas wahren, welches man ohne dieselbe verliert oder wahrscheinlicherweise verlieren würde. Die positive Gewißheit über den Eintritt jenes Faktums ist unwesentlich, wenn nur mit seinem Eintritt als einer Wahrscheinlichkeit gerechnet wird. Aber auch die bloße Möglichkeit dieses Eintritts genügt noch nicht, um die Anwendung des Vorbehaltsbegriffes zu rechtfertigen; hinzukommen muß — und damit gewinnen wir ein wichtiges Begriffsmoment —, daß der Erklärende ein persönliches Interesse an dem Eintritt oder Nichteintritt jenes Ereignisses nimmt, daß also durch den Vorbehalt ein für ihn günstiger Erfolg erzielt, eine fördernde Möglichkeit zur Verbesserung seiner allgemeinen Rechtslage geschaffen wird. Wird durch eine Erklärung das Recht eines anderen gesichert, so liegt hier für den Erklärenden kein Vorbehalt vor, weil das persönliche Moment fehlt. Denn wenn mir die Vernichtung eines Umstandes völlig gleichgültig und derselbe mein Interesse in keiner Weise berührt, so werde ich ihn niemals durch einen Vorbehalt dem Leben erhalten.

Diese Verbesserung des als Rechtslage anzusprechenden tatsächlichen Zustandes, den das positive Recht mit gewissen Wirkungen ausstattet und innerhalb gewisser Grenzen schützt, wird nun sowohl durch den Schutz eines Rechtes vor seiner Vernichtung und damit Erhaltung des gegenwärtigen Rechts-

bestandes als auch nicht zum mindesten durch den Erwerb eines neuen Rechtes erzielt.

In beiden Fällen ist das Mittel zu ihrer Herstellung ein Vorbehalt, einmal ein rechtserhaltender, das andere Mal ein rechtsbegründender.

Das tägliche Leben verwendet nun aber diesen Ausdruck nicht nur da, wo tatsächlich durch den Vorbehalt eine Verbesserung der Rechtslage eintreten soll. Die nicht unterscheidende, eine scharfe Differenzierung der Begriffe vernachlässigende Gewohnheit des Nichtjuristen erkennt diesen tatsächlichen äußeren Effekt nicht genau, sondern empfindet nur die eine oder andere Seite seines Wesens oder seiner Entstehung. Es ist daher erklärlich, daß ungenauerweise auch die Handlung als Vorbehalt bezeichnet wird, die nur das eine oder andere Moment der eigentlichen Wirkung vermittelt. So empfindet der tägliche Sprachgebrauch besonders das Moment des Zukünftigen, welches in dem Vorbehalt liegt. Er nennt daher jede Erklärung, die einen Hinweis auf die Zukunft enthält, einen Vorbehalt, wenn sie auch sonst gar keine rechtlichen Wirkungen auslöst und völlig belanglos ist.

Zweiter Hauptabschnitt.

Der Vorbehalt im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Erster Teil.

Übersicht über die Anwendungsfälle im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 3.

Den Ausdruck „Vorbehalt“ verwendet das Gesetz in folgenden Paragraphen:

§ 116: Der Vorbehalt der Mentalreservation.

§ 219: Wirkung eines unter Vorbehalt ergangenen rechtskräftigen Urteils.

§ 328 Abs. 2: Der Vorbehalt, bei Versprechen der Leistung an einen Dritten das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.

§ 331 Abs. 2: Der Vorbehalt, das Versprechen der Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers vor Geburt des Dritten aufzuheben oder zu ändern.

§ 332: Der Vorbehalt der Befugnis, ohne Zustimmung des Ver-

sprechenden an die Stelle des Dritten einen andern zu setzen.

§ 341: Der Vorbehalt der Vertragsstrafe.

§§ 346, 357, 358, 359, 360, 506, 1238, 2293, 2298: Der Vorbehalt des Rücktritts.

§ 455: Der Eigentumsvorbehalt.

§ 464: Der Vorbehalt der Ansprüche aus §§ 462, 463.

§§ 497, 503: Der Vorbehalt des Wiederkaufs.

§ 640: Der Vorbehalt der Ansprüche aus §§ 633, 634.

§ 881: Der Rangvorbehalt.

§ 1001: Der Vorbehalt des Besitzers bei Rückgabe der Sache wegen seiner Ansprüche auf Ersatz der Verwendungen.

§§ 1190, 1271: Der Vorbehalt der Feststellung der Forderung bei Eintragung einer Maximalhypothek.

§ 1253: Der Vorbehalt des Pfandrechts bei Rückgabe der Pfandsache.

§§ 1790, 1871: Der Vorbehalt der Entlassung eines Vormundes oder Mitglied eines Familienrates.

§ 2086: Der Vorbehalt einer Ergänzung in einer letztwilligen Verfügung.

Für die nachfolgende Untersuchung haben wir diese Paragraphen in einzelne Gruppen unterschieden, da nur eine gewisse Systematisierung des Stoffes einer Verwirrung der gefundenen Ergebnisse vorbeugt und einen Überblick über die einzelnen Fälle mit einiger Sicherheit gewährleistet. Maßgebend für die Einteilung waren (neben dem Gesichtspunkt der rechtsgeschäftlichen Natur) das schon bei einem flüchtigen Blick über die Fälle sich aufdrängende Moment der rechtserhaltenden und der rechtsbegründenden Wirkung des Vorbehaltes. Als Unterabteilung konnten wir den rechtserhaltenden Vorbehalt in einseitige und zweiseitige Willenserklärung scheiden, während der rechtsbegründende immer Vertragsnatur zeigt. Vorangestellt werden muß die Besprechung des § 116, da dieser Paragraph einen besonderen Anwendungsfall des Vorbehaltes darstellt.

Zweiter Teil.

Untersuchung der einzelnen Fälle.

§ 4.

§ 116 behandelt den Fall der sogen. Mentalreservation:

„Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt".

Man erklärt etwas, nimmt sich insgeheim vor, das Erklärte nicht zu wollen, hofft aber andererseits, daß die abgegebene Erklärung als von dem Erklärenden gewollt angesehen werde. Das entscheidende Moment für das Vorliegen der Mentalreservation ist nicht darin zu finden, daß der Erklärende bei der Abgabe der Erklärung das Erklärte nicht gewollt hat, sondern ausschlaggebend ist, daß der Erklärende deshalb bei der Erklärung sich vornahm, das Erklärte nicht zu wollen, weil er glaubte, lediglich wegen dieses fehlenden Willens nicht mehr an die Rechtsfolgen seiner Erklärung gebunden zu sein, diese seine Absicht aber dem Gegenkontrahenten verschweigt, um in ihm den Glauben zu erwecken, die Erklärung sei ohne diese innere Absicht abgegeben.[1])

Der Vorbehalt bildet hier nicht eine selbständige Willenserklärung, sondern stellt nur einen Bestandteil der Hauptwillenserklärung dar. Er bewirkt den Ausschluß des einer jeden rechtlich wirksamen Willenserklärung innewohnenden Geschäftswillens, d. h. des Willens, gerichtet auf das rechtliche Wirksamwerden der Erklärung durch Eintritt der aus ihr resultierenden Folgen. Es ist daher eine vollständige Willenserklärung gar nicht vorhanden, da die zu ihrem rechtlichen Zustandekommen erforderlichen Elemente, das sind erstens ein Erklärungs- und ein Erfolgswille und zweitens die Erklärung,[2]) teilweise fehlen. Vorhanden ist der Wille zur Erklärungshandlung und die Erklärung; es mangelt aber, weil durch den Vorbehalt vernichtet, der Wille zum Erklärungsinhalt, der Geschäfts- oder Erfolgswille.

Aus Gründen der Rechtssicherheit hat aber der Gesetzgeber einen solchen Vorbehalt für unwirksam erklärt[3]) und damit das den Geschäftswillen vernichtende Moment beseitigt.

I. Der Vorbehalt wirkt rechtserhaltend.

§ 5.

Der den Vorbehalt der Vertragsstrafe bei nicht gehöriger Erfüllung enthaltende § 341 hat folgenden Wortlaut:

> „Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

[1]) Pestalozza S. 47 ff.
[2]) Walsmann S. 160.
[3]) Walsmann S. 164.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält".

Das bedingte akzessorische Schuldversprechen, als welches wir eine vereinbarte Vertragsstrafe ansehen, bezweckt Sicherung der gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit, da die Verpflichtung des Schuldners, bei Eintritt der Bedingung die Strafe zahlen zu müssen, ihn zur ordnungsmäßigen Erfüllung bewegen wird. In der Lehre von der Vertragsstrafe ist vom Gesetzgeber das Prinzip vertreten, grundsätzlich entweder Erfüllung oder Vertragsstrafe, aber nicht ein Doppeltes zu gewähren (§ 340 Abs. 1). Hiervon bildet die Bestimmung des § 341 Abs. 1 nur eine scheinbare Ausnahme;[1]) denn da die Rechtsvorteile einer ordnungsmäßigen Erfüllung sich nicht durch nachträgliche Leistung verwirklichen lassen und so etwa den Tatbestand einer gehörigen Erfüllung herzustellen vermögen, ist der Gläubiger berechtigt, sein Interesse an der Korrektheit der Leistung zum Ausgleich des Nachteils der nicht gehörigen Erfüllung geltend zu machen. Als festgesetztes Mindestmaß dieser Interessenforderung erscheint gewissermaßen die Vertragsstrafe.[2]) Zu diesem Zwecke ist es erforderlich, daß der Gläubiger bei der Annahme der Erfüllung seinen auf Forderung der Vertragsstrafe gerichteten Willen dem Schuldner durch einseitige Erklärung entweder ausdrücklich oder stillschweigend[3]) zum Ausdruck bringt und sich so sein Recht auf Forderung der Strafleistung vorbehält; denn sonst würde die in Abs. 3 liegende praesumptio juris et de jure eines Verzichts auf die Vertragsstrafe Platz greifen.[4])

Um dem beabsichtigten Zweck des Gläubigers zu genügen, muß der Vorbehalt spätestens gleichzeitig mit der Annahme der Erfüllung ausgesprochen werden.[5]) Jedoch ist auch ein antizipierter Vorbehalt möglich, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß ein solcher Vorbehalt mit Hinweis auf den Strafanspruch

---

[1]) And. A. Planck § 341 Anm. 1.

[2]) s. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 104 III, 2; Schollmeyer § 341 Anm. 2; Crome Bd. 2 § 178 III, 2; Oertmann § 341 Anm. 1.

[3]) s. RG. Bd. 61 S. 65.

[4]) s. Enneccerus Bd. 1 § 186 III, 2; Endemann Bd. 1 S. 765 N. 16; Staudinger § 341 Anm. 6; Schollmeyer § 341 Anm. 4; Rehbein Bd. 2 S. 237; JurW. 1895 S. 608 N. 65.

[5]) s. Staudinger § 341 N. 6; RG. Bd. 57 S. 340, Bd. 58 S. 261, Bd. 59 S. 378.

ausgesprochen wurde und derselbe bis zur Erfüllungsannahme andauert.[1])

Zur Realisierung des Interesses an der Strafleistung dient also dem Gläubiger der gleichzeitig mit der Annahme erklärte Vorbehalt. Seine Bedeutung liegt in der Sicherung des obligatorischen Rechtes, die Vertragsstrafe zu fordern; dieses ihm bereits zustehende Recht erhält sich der Gläubiger für die Zukunft, da eine vorbehaltslose Annahme der Erfüllung demselben ein Ende bereiten würde.[2])

§ 6.

Der zu behandelnde § 464 lautet:

> „Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 462, 463 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält".

Voraussetzung für die Anwendung des § 464 ist das Vorliegen eines vom Verkäufer gemäß §§ 459, 460 zu vertretenden Mangels. Damit nun der Verkäufer trotz seiner Haftung von der Gewährspflicht befreit wird, verlangt der Gesetzgeber weiterhin die wirkliche Kenntnis der Mängel auf seiten des Käufers bei der Annahme[3]) und schließlich Vollendung der Annahme oder Vorbehalt der Rechte.

Will der Käufer dem durch den Verlust der Ansprüche aus §§ 462, 463 entstehenden Vermögensschaden entgehen, so muß er den Vorbehalt erklären, um sich dadurch das Geltendmachen einer späteren Einrede zu erhalten. Da die von der Vorbehaltserklärung betroffenen Einreden dem Käufer schon vor der Erklärung zustanden, wirkt hier der Vorbehalt rechtserhaltend; denn er schützt die Einreden vor ihrem Untergang. Ebenso wie bei § 341 Abs. 3 ist auch hier für die Erklärung des Vorbehalts ein genauer Zeitpunkt bestimmt; dieselbe muß spätestens

[1]) s. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 103 IV; Rehbein S. 239 Erl. 15; Planck § 341 Anm. 2; Komm. d. RGRäte § 341 Anm. 3; RG. Bd. 61 S. 65; JurW. 1905 S. 424.

[2]) Die Bedeutung des Vorbehaltes liegt in der Regelung der Beweislast zugunsten des Gläubigers. Denn die vorbehaltslose Annahme der Leistung trotz Kenntnis der Mängel nimmt dem Gläubiger die Möglichkeit, den ohnehin schwierigen Beweis für das Nichtvorhandensein des Verzichtwillens zu führen. Bei der Annahme unter Vorbehalt genügt der Beweis des Vorbehaltes, um seinen Anspruch auf die Strafe zu sichern (RG. Bd. 53 S. 356).

[3]) Es ist gleichgültig, ob er die Mängel bereits vor oder erst bei Annahme erkennt.

gleichzeitig mit der Annahme der Erfüllung erfolgen. Ein schon vor der Annahme erklärter Vorbehalt ist gültig, wenn er nur bei der Annahme noch erkennbar aufrechterhalten wird.[1]) Maßgebend für die aus der nicht rechtzeitig erfolgenden Vorbehaltserklärung sich ergebenden Verlustansprüche ist der in den Motiven ausgesprochene Gesichtspunkt, daß es „das Interesse des Verkehrs erheischt, für den gedachten Fall die nachträgliche Verfolgung jener Rechte positiv auszuschließen".[2])

Will der Käufer einer Verneinung seiner Rechte vorbeugen, so muß er also den Vorbehalt zum Ausdruck bringen. Diese einseitige, formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung ist also das einzigste Mittel, welches ihm die gegenwärtig noch zustehenden Rechte aus §§ 462, 463 für die Zukunft sichert.[3])

§ 7.

Im Anschluß an die vorstehend gemachten Ausführungen ist § 640 zu besprechen. Er lautet:

> „Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.
>
> Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur dann zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält".

Die Analogie des § 640 mit der Grundlage des § 464 erübrigt eine nochmalige Ausführung; wir können daher bezüglich der Begriffsbestimmung des Vorbehaltes auf das oben gewonnene Ergebnis verweisen. Auch hier handelt es sich um die zukünftige Sicherung bereits zustehender Rechte durch einen Vorbehalt.

§ 8.

Der den Vorbehalt der Verwendungsansprüche eines Besitzers enthaltende § 1001 hat folgenden Wortlaut:

---

[1]) s. Oertmann § 464 Anm. 3a; Neumann, Jahrb. 1905 § 464 Nr. 2; Komm. d. RGRäte § 464 Anm. 5; JurW. 1904 S. 406; im Recht 1909 Nr. 2103; RG. Bd. 58 S. 263, Bd. 59 S. 379, Bd. 61 S. 67.

[2]) s. Mot. Bd. 2 S. 229.

[3]) Den Verkäufer trifft die Beweislast für die Annahme durch den Käufer unter Kenntnis der Mängel, während der Käufer die rechtzeitig erfolgte Vorbehaltserklärung beweisen muß. Vgl. Staudinger § 464 Anm. 4 und dort zit. Lit.; Komm. d. RGRäte § 464 Anm. 7.

„Der Besitzer kann den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigentümer von dem Anspruche dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt. Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt".

Das Gesetz stellt hier zwei Voraussetzungen auf, von deren Eintritt die Verwirklichung des dem Besitzer gemäß §§ 994 ff. zustehenden Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen abhängt. Entweder muß der Eigentümer die Sache wiedererlangt haben, oder er muß ohne Rücksicht auf die Herausgabe der Sache die Verwendungen genehmigen.

Tritt nun der frühere Besitzer an den besitzenden Eigentümer mit dem Ersuchen auf Ersatz der Verwendungen heran, so kann sich der Eigentümer bis zur ausdrücklichen Genehmigung durch Rückgabe der Sache an den Besitzer von dem Anspruch befreien. Diese Möglichkeit steht ihm jedoch nicht zu, wenn er die ihm vom Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache angenommen hat, da hierdurch die Genehmigung als stillschweigend erteilt gilt.

Durch diese einseitige Willenserklärung erhält sich also der Besitzer seinen Erstattungsanspruch für den Fall, daß der Eigentümer nicht ausdrücklich genehmigt hat und ihm die Sache gemäß Satz 2 zurückgeben will. Er sichert sich gegen die von der Auslegung gezogenen Schlußfolgerungen auf Verneinung der ihm bereits zustehenden Rechte, welche bei vorbehaltloser Herausgabe an den Eigentümer und dessen Rückgabe an den Besitzer eintreten würde.

§ 9.

Der § 1253 spricht in seinem Abs. 1 von dem Vorbehalte der Fortdauer eines Pfandrechts. Er lautet:

„Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt. Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam".

Aus der Tatsache, daß der bloße äußere Vorgang der Rückgabe der Pfandsache an den Verpfänder oder Eigentümer ohne eine weitere Erklärung das Erlöschen des Pfandrechtes nach sich zieht, ergibt sich das vom Bürgerlichen Gesetzbuch ver-

tretene Publizitätsprinzip. Der Bestand eines Pfandrechtes ist immer von der rein äußerlichen Erkennbarkeit eines Besitzverhältnisses abhängig.

Eine Folge dieses Prinzips ist die Unmöglichkeit, ein Pfandrecht durch constitutum possessorium rechtswirksam begründen zu können. Damit sich nun nicht eine Umgehung dieser Bestimmung in der Weise ermöglichen lasse, daß durch Einigung beider Parteien das Pfandrecht trotz Rückgabe der Pfandsache auf Grund eines constitutum possessorium aufrechterhalten würde, bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß ein diesbezüglicher Vorbehalt, der eine Fortdauer des Pfandrechts bezweckt, unwirksam ist.

Der Erklärende beabsichtigt also hier, durch die Vorbehalt benannte zweiseitige Vereinbarung des constitutum possessorium die Ausübung der aus der Fortdauer des Pfandrechts resultierenden Rechte zu sichern und damit eine Verbesserung seiner Rechtslage herbeizuführen.

§ 10.

Die Zahlung unter Vorbehalt.

Einem der häufigsten Anwendungsfälle eines Vorbehaltes im täglichen Leben begegnen wir bei der Erfüllung, insbesondere bei der Zahlung und Aufrechnung unter Vorbehalt.[1]) Trotzdem ist sie weder in der Wissenschaft noch in der Gesetzgebung oder Rechtsprechung Gegenstand zahlreicher Untersuchungen geworden.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch finden wir keine Bestimmung, die sich ausdrücklich mit dieser wichtigen Parteiverabredung beschäftigt. Dennoch müssen wir sie in den Kreis unserer Untersuchung ziehen, da nur eine Übersicht über alle Fälle des Vorbehaltes ein vollständiges Bild seines Wesens ergeben kann und die Richtigkeit einer einheitlichen Definition gewährleistet.

Das Ziel einer jeden Obligation ist, erfüllt zu werden und dadurch unterzugehen. Dieses Erlöschen des Schuldverhältnisses tritt nach § 362 dann ein, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt hat, d. h. bei Schuldverhältnissen, die auf Leistung einer Geldsumme gehen, wenn der

[1]) Stölzel (S. 260) nennt die Zahlung unter Vorbehalt der Entscheidung über die Frage des Entstehens der Forderung, also ohne Schuldanerkennung, Eventualzahlung, dagegen die Zahlung, welche mit Schuldanerkennung, aber aus einem anderen Grunde als dem des Nichtbestehens der Schuld vorbehaltlich einer Rückforderung erfolgt, Definitivzahlung.

Schuldner zahlt. In der Zahlung liegt nun ein Doppeltes. Einmal befreit sie den Schuldner von der Verbindlichkeit, andererseits enthält sie eine Anerkennung des Schuldners, daß die Schuld besteht;[1]) zahlt er, so begibt er sich der Möglichkeit, in einem späteren Prozeß den rechtlichen Bestand der Obligation anzuzweifeln, weil die Forderung eben durch Anerkennung festgestellt ist. Er hat sich dadurch eine spätere Rückforderung wesentlich erschwert, da er nunmehr nicht nur die Zahlung einer Nichtschuld, sondern auch seinen Irrtum beweisen muß (§ 814). Da es nun aber häufig vorkommt, daß der Schuldner diesen Beweis der Unkenntnis seiner Zahlungsverpflichtung nicht zu führen vermag, weil er infolge besonderer äußerer Umstände in dem betreffenden Augenblick zur bewußten Zahlung einer Nichtschuld gezwungen wurde,[2]) und das abwägende Rechtlichkeitsgefühl dem Schuldner die Möglichkeit einer Rückforderung offenhalten möchte, so gibt ihm der Gesetzgeber zu diesem Zwecke den Vorbehalt.

Lediglich dieser Anwendungsfall des Vorbehaltes als Ausschluß der in der Zahlung liegenden Anerkennung bildet den Gegenstand unserer Untersuchung. Daher ist der Fall der fälschlicherweise so benannten Zahlung unter Vorbehalt hier nicht zu erörtern, bei welchem die Zahlung als solche resolutiv bedingt ist. Z. B. erklärt der Schuldner: „Du sollst hiermit bezahlt sein, wenn mich in den nächsten 8 Tagen meine Wechselgläubiger nicht bedrängen". Eine derartige, unrichtigerweise als Vorbehaltszahlung angesprochene Erfüllung ist eine resolutiv bedingte Zahlung. Bedingung ist das Bedrängen der Wechselgläubiger.[3])

Welche Bedeutung hat es nun, wenn der Schuldner nur unter Vorbehalt zahlt?

Bevor wir auf die Beantwortung eingehen, müssen wir zunächst den Ausdruck „unter Vorbehalt" ergänzen. Denn er-

---

[1]) Bähr S. 72; Windscheid, Pand. § 426 N. 19; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 376; Staudinger § 362 N. 4; Planck § 362 N. 3; Isay S. 70; Stölzel Bd. 2 S. 244, 247; Liebknecht S. 27; Schüly S. 22; Behrens S. 13ff.

[2]) Anwendungsfälle s. Neißer S. 276.

[3]) Für die Möglichkeit einer bedingten Zahlung sind Eccius S. 31; Martinius S. 764; Behrens S. 21; Förster-Eccius Bd. 1 S. 562 Anm. 4, S. 573, bes. Anm. 77; and. A. Stölzel S. 260; Mot. Bd. 2 S. 108. Stölzels Ansicht dürfte entgegenzuhalten sein, daß die Zahlung nicht ein tatsächlicher Akt — wie etwa die traditio, welche deshalb niemals bedingt sein kann —, sondern das zweiseitige Geschäft der Übereignung des Geldes ist. Nichts steht aber im Wege, einen Vertrag als von dem Eintritt eines ungewissen Ereignisses resolutiv bedingt abhängig sein und die Leistung nach Eintritt der Bedingung gemäß den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern zu lassen.

fahrungsgemäß gibt der Erklärende meist nicht an, was er sich vorbehalten will, da seine Erklärung ganz unbestimmt und allgemein gehalten ist. „Ich zahle unter Vorbehalt", „mit Vorbehalt meiner Rechte" oder „unter Vorbehalt von Einwendungen", „des Bestehens der Schuld" usf., so lautet die knappe Äußerung des schuldnerischen Willens.

Wie wir einleitend bereits oben [1]) ausgeführt, will derjenige, der sich etwas vorbehält, nach dem Sprachgebrauch etwas festhalten, was er ohne seine Erklärung verlieren würde oder doch zu verlieren fürchtet. Sehen wir zu, ob diese Fassung des Vorbehaltes zu einer annehmbaren, dem regelmäßigen Willen des Erklärenden entsprechenden Ergänzung führt.

Sichern will sich der Schuldner hier die Rückforderung der Zahlung für den Fall, daß die Schuld nicht besteht. Er ist sich nur über das Bestehen derselben noch nicht klar, sei es, weil die beanspruchte Forderung nicht zum Entstehen gekommen ist, sei es, weil sie andererseits bereits zum Erlöschen gebracht ist. Zahlen will er aber unter allen Umständen nur dann, wenn er tatsächlich dem Gläubiger die geforderte Summe schuldet. Obwohl er nun die Forderung nicht anerkennt, stellt er dennoch ausnahmsweise dem Gläubiger das Geld zur Verfügung, rechnet dabei aber zugleich mit der Möglichkeit einer eventuellen Rückforderung.

Nur dann wird er nicht unter Vorbehalt zahlen, wenn der Gläubiger sein Forderungsrecht gerichtlich feststellen läßt, da dann der Vorbehalt infolge der materiellen Rechtskraft des Urteils illusorisch sein würde. Diesen Zweifel an dem Bestehen der beanspruchten Forderung und die auf Rückforderung gerichtete Absicht bringt er zum Ausdruck durch die Worte: „Ich zahle dir unter Vorbehalt" mit der Ergänzung „der Rückforderung für den Fall des Nichtbestehens der Schuld".[2]) Wenn Liebknecht (S. 27) ergänzt: „Ich zahle aber nur für den Fall, daß die Forderung existiert", so liegt hierin die gleiche Ergänzung, nur von einer anderen Seite aus gesehen; denn damit ist zugleich gesagt, daß bei Nichtexistenz der Schuldner sein Rückforderungsrecht geltend machen will.

In dem Vorbehalt kann man noch die weitere Erklärung des Schuldners erblicken, daß die Zahlung schuldentilgend wirken solle, falls die Entscheidung über das Bestehen der Forderung positiv gelöst werden sollte. Eine solche Erklärung ist aber unnötig und nur eine belanglose Ankündigung einer gesetzlichen

---

[1]) s. S. 3 der Abhandl.
[2]) vgl. Martinius S. 762.

Wirkung, da die Zahlung, sei sie mit oder ohne Vorbehalt, immer schuldtilgend wirkt.[1])

Eine wörtliche Anwendung des Ausdrucks Vorbehalt wird nicht gefordert, es genügt, wenn sich der obige Wille aus den Umständen ergibt. Lediglich eine Frage der Auslegung ist es also, ob dieser Sinn der obigen Ergänzung der schuldnerischen Erklärung tatsächlich zu unterschieben ist. Als wesentliches Moment für die Entscheidung kann man den Umstand betrachten, ob der Schuldner beabsichtigt, später event. einen Streit über die Existenz der Forderung zu beginnen; denn gerade das Bestreiten ist der Grund eines bei der Zahlung gemachten Vorbehaltes. Will der Schuldner solches nicht und soll für ihn mit der Zahlung trotz seines Bestreitens der Schuldverbindlichkeit die Angelegenheit erledigt sein, so ist hier ein Vorbehalt nicht anzunehmen. Erklärt z. B. der Schuldner: „Ich bestreite die von dir geltend gemachte Forderung; dennoch will ich sie hiermit erfüllen", so ist dieses Vorbringen lediglich eine protestatio facto contraria, welche bedeutungslos ist. Dem Schuldner kommt es eben auf die betreffende Summe nicht an; er will lediglich dem ihm lästig fallenden Drängen des Gläubigers oder einer späteren Klage aus dem Wege gehen.

Über die juristische Konstruktion der Zahlung mit Vorbehalt gehen nun die einzelnen Ansichten sehr auseinander.[2]) Genauer auf die verschiedenen aufgestellten, oft nur in unwesentlichen Kleinigkeiten von einander divergierenden Theorien einzugehen, würde den Rahmen der Arbeit überschreiten. Es soll daher nur zu den Hauptmeinungen Stellung genommen werden.

Von vielen wird der Vorbehalt als eine Resolutivbedingung aufgefaßt. Um zu einem genauen Resultat zu kommen, müssen wir feststellen, was bedingt ist, und weiterhin, worin die Bedingung enthalten ist.

Bedingt sein können, da die traditio als ein tatsächlicher Akt bedingungsfeindlich ist, nur die sonstigen Bestandteile der Zahlung, nämlich die in ihr enthaltenen Erklärungen des Anerkennungswillens bezüglich des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses und des Willens, dasselbe durch Zahlung zu tilgen. Da nun bei der Zahlung unter Vorbehalt der Schuldner den animus solvendi hat, so kann nur der Anerkennungswille von dem Vorbehalte betroffen sein. Die Konstruktion einer Resolutivbedingung argumentiert nun so, daß die Zahlung mit Vorbehalt zunächst alle Wirkungen einer gewöhnlichen Zahlung, also auch

[1]) s. unten S. 20 Anm. 4 der Abhandl.

[2]) s. die Übersicht bei Liebknecht S. 1—47; RG. Bd. 7 S. 182, Bd. 29 S. 118.

die Anerkennung des Schuldners enthalten soll; letztere soll aber bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses als nicht erklärt gelten.

Als bedingendes Ereignis wird von einigen die Existenz der Forderung bezeichnet oder richtiger die Nichtexistenz, da es sich um eine Resolutivbedingung handelt.[1]) Der rechtliche Bestand eines Schuldverhältnisses ist aber kein zukünftiges ungewisses Ereignis; sondern es handelt sich hier um eine gegenwärtige Tatsache; also liegt eine condicio in praesens collata, eine unechte Bedingung vor. Eine entsprechend § 169 — suspensiv oder resolutiv — bedingte Willenserklärung ist aber nur dann vorhanden, wenn sie von dem zukünftigen Eintritt oder Nichteintritt von Tatsachen kraft des Willens des Erklärenden Folgen abhängig macht. Hier dagegen ist die Frage des Eintritts schon längst gelöst; nur ihr Ergebnis ist den Parteien noch unbekannt.

Andere haben eine echte Resolutivbedingung in der Weise konstruieren wollen, daß sie „das Konstruieren" der Nichtschuld durch richterliches Urteil,[2]) „die Entscheidung über die Entstehung der Forderung", „die Feststellung, daß die Forderung nicht bestehe",[3]) als Bedingung ansprechen. Das Reichsoberhandelsgericht[4]) bezeichnet als Zweck der Vorbehaltserklärung, „die gesetzliche Wirkung der vorbehaltlosen Zahlung für den Fall der Geltendmachung des Vorbehaltes, also bloß bedingterweise, ganz oder zum Teil auszuschließen". Förtsch[5]) betrachtet als Inhalt einer wirklichen Bedingung das Feststellen der Forderung durch Urteil. Es würde also nur unter der Bedingung die Forderungsanerkennung des Schuldners bestehen bleiben und er nur dann mit der Rückforderung der geleisteten Zahlung ausgeschlossen sein, wenn er sich demnächst von der Existenz der Forderung in oder außerhalb des Prozesses überzeugt. Eine endgültige Entscheidung läßt sich hier aber nur durch einen Richterspruch, ein Urteil herbeiführen. Eine zu diesem Zweck eingereichte Klage des Gläubigers auf Zahlung wäre aber schon bei der Erlegung des Rechtsstreites unbegründet und daher ohne weiteres abzuweisen, da der Klageanspruch durch die erfolgte Zahlung untergegangen ist.[6])

---

[1]) So Planck § 362 N. 3.
[2]) Neißer S. 284.
[3]) Koch Bd. 2 S. 619; Förster-Eccius Bd. 1 S. 573.
[4]) ROHG. Bd. 5 S. 154.
[5]) S. 231.
[6]) vgl. Endemann Bd. 1 S. 797, bes. Anm. 18; Förster-Eccius Bd. 1 S. 573; Stölzel Bd. 2 S. 242, 247, 256, 263; Römer S. 31: Wenn

Man könnte dem nun entgegenhalten, die Streitfrage der Zahlungsverpflichtung sei noch gar nicht gelöst; gerade deshalb sei ja von dem Schuldner gezahlt, um einer sofortigen Klage entgegenzutreten, während er eben das Recht auf eine nachträgliche richterliche Entscheidung sich vorbehalten wollte. Hiergegen ist zu sagen, daß eine solche Entscheidung nicht durch eine Klage auf Zahlung herbeigeführt werden kann.[1]) Die Leistungsklage auf Zahlung enthält nicht zugleich auch eine Feststellungsklage auf Bestehen des Schuldverhältnisses. Es muß eben die Frage nach dem rechtlichen Bestand der Forderung und die Frage der Erfüllung, d. h. also die Anerkennung der Schuldverpflichtung und die Zahlung selbst scharf getrennt werden.

Will nun der Schuldner die Entscheidung, also den Eintritt der Bedingung durch Anstrengen der Rückforderungsklage herbeiführen, so müßte auch diese Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen werden. Denn die Resolutivbedingung für den Anerkennungswillen des Schuldners bildet zugleich auch eine Suspensivbedingung für seine Rückforderungsklage. Erhebt er letztere, so ist die Bedingung noch nicht eingetreten und damit also ein liquider, klagbarer Rückforderungsanspruch noch nicht entstanden. Er muß mit seiner Klage abgewiesen werden. „Denn die amtliche Tätigkeit des Richters hat nicht den Zweck, die Entscheidung von Bedingungen herbeizuführen, sondern die Behauptung streitender Parteien auf ihre Richtigkeit und den Klageanspruch auf seine Begründung zu prüfen." [2])

Auch aus einem anderen Gesichtspunkte heraus kommt man zu dem gleichen Ergebnis, daß das richterliche Urteil nicht das bedingende Ereignis sein kann. Denn die Entscheidung eines Prozesses ist für das Recht niemals eine objektiv ungewisse Tatsache; nach den idealen Anschauungen stellt das richterliche Urteil nur fest, was immer vorhanden war. Der Richter „erkennt" das, was ist.[3]) Das Urteil ist also nicht rechtsbegründend,[4]) sondern rechtsbekundend.

---

unter einer Bedingung oder Voraussetzung die Leistung erfolgt, so ist das nicht Erfüllung und wird die Schuld nicht getilgt, außer es wäre lediglich das Bestehen der Schuld als Bedingung oder Voraussetzung gedacht.

[1]) vgl. Motive zu Abs. 2 § 293 ZPO.: „Die Rechtskraft darf nicht über die Absicht der Parteien hinausführen, welche den Gegenstand ihres Streites im Petitum ausgedrückt und begrenzt haben, und in diesem Prozesse nur über diesen Streitpunkt eine Entscheidung erwarten". (Stölzel Bd. 2 S. 248.)

[2]) s. Liebknecht S. 11.

[3]) vgl. Isay S. 78.

[4]) Von einzelnen Ausnahmen abgesehen, wie z. B. das Urteil in einem Ehescheidungsprozeß.

Letztere Argumentation entscheidet auch jene Version der Anhänger der Bedingungstheorie, daß als bedingendes Ereignis die Entscheidung der von den Parteien angestrengten Feststellungsklage anzusehen sei. Die Möglichkeit einer solchen Klage dürfte wohl nicht bestritten sein;[1]) nicht ist es aber möglich, daß die Tatsache der Feststellung als bedingendes Ereignis den Ausgangspunkt irgendwelcher Rechtswirkungen darstellen kann.

Aus unseren Ausführungen ergibt sich also, daß die juristische Konstruktion des Vorbehaltes als einer Bedingung, in welcher Weise man sie auch verwendet, in jedem Falle unrichtig ist.[2])

Die wirkliche Bedeutung des Vorbehaltes ist m. E. darin zu suchen, daß er lediglich die in der Zahlung liegende Anerkennung des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses verneint. Diese Präklusivwirkung des Vorbehaltes ergibt sich aus folgendem:

Eine Forderung kann nur dann durch Zahlung getilgt werden, wenn sie besteht. Wer nun eine Zahlung zum Zwecke einer Schuldtilgung hingibt, anerkennt damit die Schuld. Diese Anerkennung liegt bereits im Angebot der Zahlung, nicht erst etwa in Leistung und Annahme der Zahlung.[3]) Um nun diesen Schluß auf die Anerkennung der Forderung zu verneinen, erklärt der Schuldner den Vorbehalt. Er will sich lediglich dadurch gegen die Schuldanerkennung wahren und die Folgerungen, die die Auslegung aus seinem in der Zahlung liegenden Verhalten nach den gewöhnlichen Anschauungen zu ziehen geneigt ist, durch den Vorbehalt durchkreuzen.[4])

Es ist nun möglich, daß der Vorbehalt in einzelnen Fällen eine schwächere Wirkung ausübt und dann lediglich die Tatsache hervorhebt, daß der Schuldner nicht sicher ist, ob die Schuld besteht. Um nun gegenwärtigen Komplikationen aus dem Wege zu gehen, will er jetzt zahlen und damit vollständig erfüllen,

---

[1]) vgl. Stölzel Bd. 2 S. 257. — And. A. Liebknecht S. 15, der verlangt, daß das Interesse an alsbaldiger Feststellung aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses selbst hergeleitet werden müsse, nicht aber aus dem Umstande, daß die Tatsache der Deklaration irgendwelche Rechtswirkungen auszulösen geeignet ist, die aus dem Rechtsverhältnis selbst gar nicht entspringen.

[2]) s. Endemann Bd. 1 S. 298 Anm. 27 und dort zit. Lit.

[3]) Stölzel Bd. 2 S. 247.

[4]) Endemann Bd. 1 S. 297/98 Anm. 27; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 251; Förster-Eccius Bd. 1 S. 573 (er verlangt Schriftlichkeit des Vorbehaltes); Oertmann § 362 N. 6; Staudinger § 362 N. 4; Stölzel Bd. 2 S. 247ff.; Liebknecht S. 33; Isay S. 77; Neißer S. 285/86; Schüly S. 24; Behrens S. 21 u. 29ff.

behält sich aber vor, für den Fall des Nichtbestehens der Schuld die Zahlung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzufordern. Hier will der Schuldner durch den Vorbehalt auf eine spätere condictio unter Anerkennung der Schuldverpflichtung hinweisen und zugleich der Möglichkeit vorbeugen, daß er positiv gewußt habe, daß eine Schuld nicht bestehe, trotz dieser Kenntnis aber gezahlt habe. Dem Gläubiger ist auf diese Weise die sowieso von ihm zu beweisende Einrede der wissentlichen Anerkennung einer Nichtschuld (§ 814) entzogen.[1]) Denn § 814 verlangt, daß bei dem Schuldner eine absolute Sicherheit über das Nichtbestehen der Schuld vorhanden ist; bei einer Vorbehaltszahlung im Sinne der gegenwärtigen Erörterung ist er sich aber nicht vollständig im klaren darüber.

In diesem Falle wäre jedoch der Vorbehalt ohne große Bedeutung, da ja der Schuldner, der eine Erfüllung ausdrücklich unter einem solchen Vorbehalt macht, im Falle der Nichtexistenz dieselben Rechte besitzt wie derjenige, der einen solchen Vorbehalt nicht besonders erklärt hat.[2]) Denn in beiden Fällen klagt er mit der condictio sine causa, und in beiden Fällen trägt er die Beweislast bezüglich des Nichtbestehens der Schuld.

Während Planck § 362 Anm. 3 im Zweifel diese Auffassung dem Vorbehalte zugrunde legen will, muß m. E. als Richtschnur die Auslegung im Einzelfalle maßgebend sein. Es ist zu untersuchen, wie weit der Schuldner gehen wollte; ob lediglich Ausschluß der Einrede des § 814 oder Sicherung der Rückforderung durch Ausschluß des Anerkennungswillens. Jedenfalls enthält ein Vorbehalt mit Präklusivwirkung immer auch den Vorbehalt des Kondiktionshinweises.

Aus diesen Wirkungen des Vorbehaltes ergibt sich als weitere Folge die Umkehrung der Beweislast und die darin liegende Erleichterung der Rückforderungsklage des Schuldners. Denn der durch den Vorbehalt bewirkte Ausschluß des deklaratorischen Anerkenntnisses legt dem Gläubiger die Pflicht auf, seine Gläubigerschaft im Prozesse der Rückforderungsklage begründen und bestrittenenfalls beweisen zu müssen, während ihn die Anerkennung des Schuldners von dieser Pflicht befreit. Nicht kann er sich derselben dadurch entledigen, daß er die bewußte Zahlung einer Nichtschuld darzulegen und zu beweisen vermag, da ja dann der Vorbehalt seine schwächere Wirkung durch Ausschluß der Einrede des § 814 zeigt. Andererseits ist ihm noch durch den Vorbehalt das Beweismittel der Anerkennung

---

[1]) Staudinger § 362 N. 4a; Planck § 362 N. 3.
[2]) Schöninger S. 95; Planck § 362 N. 3; Schüly S. 22.

des Schuldners entzogen. Dasselbe könnte allerdings auch ohne Vorbehalt durch Gegenbeweis entkräftet werden. Der Gefahr des Nichtgelingens dieses Beweises entgeht der Schuldner durch die Erklärung des Vorbehaltes.

Zusammenfassend stellen wir fest, daß durch die Vorbehaltszahlung eine sonst überall eintretende Normalwirkung jeder Erfüllungshandlung ausgeschlossen und die Rückforderungsklage ermöglicht wird, während bei vorbehaltsloser Zahlung der Rückforderungsanspruch auf den Fall eines zu erweisenden Mangels des Rechtsgrundes gemäß § 812 beschränkt ist. Zugleich ist aber auch der auf Zahlung gerichtete Anspruch des Gläubigers erloschen.

Den Wesensbegriff des Vorbehaltes bildet also der Ausschluß der Anerkennung der Schuldverpflichtung und die darinliegende günstige Rechtsposition für den erklärenden Schuldner. Da der einseitige Akt der Anerkennung diese günstigen Momente vernichten würde, wirkt der Vorbehalt hier rechtserhaltend. Er ist also in eine Linie mit dem Vorbehaltsbegriff der §§ 341, 464, 640 u. 1001 zu stellen.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Zahlung unter Vorbehalt wesentlich andere Wirkungen hat wie eine Normalzahlung. Wir wollen kurz zwecks einer vollständigen Erklärung des Vorbehaltes die Frage streifen, ob der Gläubiger im Falle einer Vorbehaltszahlung zur Ablehnung berechtigt sein kann, ohne die rechtlichen Folgen des Annahmeverzuges befürchten zu müssen. Eine Verpflichtung zur Annahme ist ja nicht denkbar, da niemand zur Annahme einer Zahlung, auch nicht unter Vorbehalt, verpflichtet sein kann. Identisch mit der Ansicht, daß ein Gläubiger zur Ablehnung einer Vorbehaltszahlung berechtigt sei, ist die darin ausgesprochene Forderung, daß zur Zahlung außer der Verpflichtung zur eigentümlichen Übergabe des Geldes solvendi causa unbedingt auch die Anerkennungserklärung des Schuldners gehöre. Die Absicht des Gläubigers ist nicht nur auf tatsächliche Leistung gerichtet, sondern er will auch für die Zukunft ungeschmälert in ihrem Besitze bleiben. Diese Möglichkeit wird aber durch den Vorbehalt vernichtet. Es ist daher dem Gläubiger keineswegs gleichgültig, ob der Schuldner mit oder ohne Vorbehalt zahlt, wenn er auch seiner Forderung gewiß ist, da er jeden Augenblick gewärtig sein muß, in seinem Besitz durch die Rückforderungsklage des Schuldners gestört zu werden. Das Recht gibt ihm einen Anspruch auf die Vorteile, welche die Anerkennung der Schuld gewährt. Erfolgt daher die Zahlung unter Vorbehalt der Anerkennung, so soll der Gläubiger weniger erhalten, als ihm das

Gesetz zukommen lassen will; die Leistung des Schuldners ist nur eine Teilleistung.[1]) Eine solche ist der Gläubiger aber gemäß § 366 nicht verpflichtet anzunehmen.[2])

Die Möglichkeit einer Zurückweisung der Zahlung unter Vorbehalt ergibt sich auch aus der Tatsache, daß der Vorbehalt nicht eine dem Erfüllungsvertrag beigefügte einseitige Erklärung des Schuldners ist, sondern ein Antrag auf Abschluß eines Zahlungsvertrages unter Vorbehalt.[3]) Wenn Liebknecht S. 46 den Vorbehalt als ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine empfangsbedürftige Willenserklärung anspricht, dieses damit zu begründen versucht, daß derselbe eine Weigerung zur Abgabe einer einseitigen Willenserklärung, der Anerkennung darstelle und den Willen, einer solchen Weigerung Vertragsnatur beizumessen, pervers nennt, so ist dem entgegen zu halten: Die einseitige Willenserklärung der Anerkennung ist ein Teil des zugrunde liegenden Schuldvertrages. Durch die Weigerung zur Abgabe dieser einseitigen Willenserklärung weigert er sich also auch zugleich, diesen Vertrag in dem verabredeten Umfange zu erfüllen. Er will durch den Vorbehalt die Anerkennung als Bestandteil des Vertrages aus seiner Verbindung mit letzterem lösen und nur einen Vertrag ohne Anerkennung erfüllen. Eine einseitige Änderung dieses Vertrages ohne Konsens der Gegenpartei ist aber nicht möglich. Die Offerte zu einem neuen Abänderungsvertrag macht er durch den Vorbehalt.

Der Gläubiger ist vorher zur Ablehnung dieses Angebotes berechtigt; nimmt er es dennoch an, so ist insoweit die Forderung durch Erfüllung untergegangen, als er nun nicht noch auf Zahlung klagen kann.[4]) Da er aber noch einen Teil der Schuld, die Anerkennung derselben durch den Schuldner ausstehen hat, so ist er in der Lage, den restlichen Bestand seiner Forderung im Klagewege einzutreiben und ihn vor Gericht vom Schuldner zu verlangen. Dieses erreicht er durch eine Leistungsklage, gerichtet auf Abgabe einer Willenserklärung.[5])

---

[1]) Liebknecht S. 78.

[2]) Dernburg § 113 IV S. 251; Matthiaß S. 417; Crome Bd. 2 S. 182 Ziff. 1; Cosack § 110 IX, 2; Enneccerus S. 155; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 282; Bähr S. 80; Liebknecht S. 66, 72; Eccius S. 30; Isay S. 70, 75; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 240; Planck § 362 Anm. 3; Oertmann § 362 N. 6; and. A. Stölzel Bd. 2 S. 252 ff.; Neißer S. 281, 7; Leonhard, Aufrechnung S. 150.

[3]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 282 IV; Eccius S. 30; Oertmann § 362, 6; Schüly S. 24; Neißer S. 278.

[4]) Stölzel Bd. 2 S. 242 ff.; Endemann Bd. 1 S. 797 Anm. 18; Cosack Bd. 1 S. 375; and. A. Dernburg, Bürgerl. R. § 113 IV S. 251; Oertmann § 362 Anm. 6; Liebknecht S. 68.

[5]) s. Isay S. 79; Liebknecht S. 71, bes. N. 43.

Aus unserer Ausführung ergibt sich weiterhin die Folge, daß der Vorbehalt mindestens gleichzeitig mit der Zahlung erklärt werden muß. Denn zahlt der Schuldner vorbehaltlos, so erkennt er die gegnerische Forderung an; diese Anerkennung kann er aber nachträglich nur durch den Beweis des Irrtums vernichten. Ein nachträglich erklärter Vorbehalt ist demnach unwirksam, auch würde sich der Gläubiger niemals auf denselben einlassen, da er der Annahme bedarf.

§ 11.

Bei der Aufrechnung unter Vorbehalt sind die gleichen Fragen zu erörtern wie bei der Zahlung unter Vorbehalt; auch kommen wir im wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse.

Wohl zu unterscheiden von der Aufrechnung unter Vorbehalt ist die Eventualaufrechnung im Prozeß, die darin besteht, daß der Schuldner in erster Linie das Bestehen der im Klagewege geltend gemachten Forderung mit rechtsvernichtenden, rechtshindernden Tatsachen oder durch Vorschützen einer zivilrechtlichen Einrede bestreitet und erst in zweiter Linie behauptet, die Forderung sei durch Aufrechnung getilgt worden.[1]) Das „eventuell" bezieht sich hier nur auf das Vorbringen prozessualer Einwendungen, während bei der, unrichtigerweise Eventualaufrechnung benannten Aufrechnung unter Vorbehalt das „eventuell" den Inhalt des Rechtsgeschäfts berührt.

Auch bei der Aufrechnung unter Vorbehalt ist der Vorbehalt als Bedingung aufgefaßt worden.[2]) Die Kompensation solle unter der Bedingung stattfinden, daß die Forderung des Gläubigers von dem Schuldner anerkannt oder durch richterliches Urteil festgestellt werde.

Förtsch[3]) hält diese Momente für Ereignisse, deren Eintritt oder Nichteintritt den Inhalt einer wirklichen Bedingung bilden. Da aber § 388 eine Aufrechnungserklärung unter einer Bedingung für unwirksam erklärt, so wäre hier eine Aufrechnung gar nicht erfolgt. Folgerichtig bestreitet daher Förtsch auch die Zulässigkeit einer Aufrechnung unter Vorbehalt.[4]) Eine

---

[1]) vgl. Förtsch S. 226ff.; Staudinger § 388 N. 2.

[2]) Leonhard, Aufrechnung S. 152; Eisele, Kompensation S. 371; vgl. Übersicht bei Liebknecht S. 112ff.

[3]) S. 231.

[4]) In diesem Falle wäre eine Untersuchung darüber, ob der Gläubiger eine Vorbehaltsaufrechnung, also unter einer Bedingung, dulden muß, überflüssig. Ein Widerspruch seinerseits, um die Aufrechnung rückgängig zu machen, wäre unnötig.

ähnliche Erklärung des Vorbehalts gibt Fuchs,[1]) der die Aufrechnung nur für den Fall als erklärt ansieht, daß der Richter nicht schon ohne Rücksicht auf die Kompensationsforderung zur Abweisung der Klage gelangt. Eccius[2]) erachtet eine Bedingung nicht für vorliegend. Es handelt sich lediglich um „eine Willenserklärung, die nach ihrem Inhalt jede mögliche Wirkung auf alle Fälle zu erzeugen bestimmt ist, bei der nur der wirtschaftliche Umfang der in vollem Umfang gewollten Wirkung beiden Teilen oder dem Erklärenden unbekannt ist".

Nimmt man als Inhalt des Vorbehaltes die Erklärung des Schuldners, daß nur dann die Aufrechnung wirksam sein sollte, wenn die Gegenforderung bestehe,[3]) so wird damit nur eine conditio juris hervorgehoben, eine vom Gesetzgeber bestimmte Voraussetzung für die Wirkung der Aufrechnung.[4]) Eine solche Erklärung ist daher gänzlich bedeutungslos, da die Aufrechnung kraft Gesetzes unwirksam ist, der Schuldner also keineswegs seiner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung verlustig gehen würde, wenn sich das Nichtbestehen der Forderung des Gläubigers gegen den aufrechnenden Schuldner herausstellt.[5]) Die Gültigkeit einer Aufrechnung unter einem solchen Vorbehalt wird dadurch keineswegs beeinflußt, da § 388 hier keine Anwendung findet. Die Wiederholung einer gesetzlichen Bedingung ist zwar unnötig, aber nicht als Grund für eine Ungültigkeit anzusehen.[6])

Wie bei der Zahlung unter Vorbehalt, so ist auch bei der Aufrechnung unter Vorbehalt kein Begriffsmoment von einer Bedingung abhängig. Auch hier ist das Wesen des Vorbehaltes in dem Ausschluß des in der Aufrechnungserklärung liegenden Anerkennungswillens zu erblicken.[7]) Denn dadurch daß der Schuldner die Aufrechnung erklärt, erkennt er die gegnerische

[1]) Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 129.

[2]) Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 34.

[3]) Daubenspeck S. 146 N. 1: Die Aufrechnung ist wirksam, „wenn dem Kläger die eingeklagte Forderung zustehen sollte"; Liebknecht S. 144, 146; Cosack Bd. 1 S. 321; Weigelin S. 134; Hellmann S. 246, 247; vgl. auch Planck § 388 N. 2.

[4]) § 389 BGB.

[5]) Cosack Bd. 1 S. 381; RG. Bd. 57 S. 101; and. A. Weißmann S. 28, der Beweis des Nichtbestehens der Gegenforderung verlangt.

[6]) s. Windscheid S. 480; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 285; Planck § 388 N. 3; Cosack Bd. 1 S. 381; Martinius im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 24 S. 298; Oertmann § 388 N. 2.

[7]) Bähr S. 175ff.; Stölzel Bd. 2 S. 306ff.; Schüly S. 24. And. A. Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 35: Zum Begriff der Aufrechnung gehört die Anerkennung nicht. Leonhard, Aufrechnung S. 149ff.; Liebknecht S. 133ff.

Forderung, gegen welche er aufrechnet, als zu Recht bestehend an; die beiderseitigen Forderungen erlöschen ipso jure mit Wirkung von dem Augenblick an, in welchem sie sich kompensabel gegenüber standen. Ist aber der Aufrechnende über den Bestand der gegnerischen Forderung im Zweifel, sei es, weil sie nicht gültig entstanden, oder besonders, weil sie anderweitig schon untergegangen sei, so verwahrt er sich gegen die in der Aufrechnungserklärung liegende Anerkennung der gegnerischen Forderung. Er tritt dem Schlusse der Auslegung auf Anerkennung der Forderung, welche das spätere Geltendmachen seiner Forderung erschwert, durch die Erklärung des Vorbehaltes entgegen.

Wenn der Schuldner ohne Vorbehalt, also unter Anerkennung einer nicht bestehenden Forderung die Aufrechnung erklärt, so kann er die Bereicherung seiner Gegenpartei in Höhe des ideell gezahlten Betrages, das ist des Betrages seiner grundlos aufgerechneten Forderung, kondizieren. Jedoch trägt er die Beweislast für den Nachweis seiner Nichtschuld. Durch die Vorbehaltsaufrechnung sichert sich aber der Aufrechnende seine Rückforderungsklage auf Rückleistung der als Zahlung hingegebenen Forderung, da er lediglich den Vorbehalt zu beweisen braucht, während dem Gegner der Beweis des Bestehens seiner Forderung zufällt.

Diese günstige Rechtslage, die sich in der möglichen Erhebung der Rückforderungsklage darstellt, kann sich der Schuldner nur durch den Vorbehalt erhalten. Derselbe ist also gleicher Natur wie der Vorbehalt bei einer Zahlung.

Nur in der Form zeigt sich ein Unterschied. Denn die Aufrechnung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, daher auch der ihr beigefügte Vorbehalt nur eine einseitige Erklärung des Schuldners, die keineswegs einer Annahme durch den Gläubiger bedarf. Der Gläubiger kann daher eine Aufrechnung unter Vorbehalt ebensowenig wie eine vorbehaltlose Aufrechnung abweisen.

II. Der Vorbehalt wirkt rechtsbegründend.

§ 12.

§ 328 lautet:

„Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern".

Der Abs. 1 statuiert die allgemeine Zulässigkeit eines obligatorischen Vertrages mit der Wirkung, daß der Dritte unmittelbar das Recht aus dem Vertrag erwirbt, eine Leistung zu fordern. Diese Bestimmung ist aber keineswegs jus cogens; es können die Parteien daher die Berechtigung des Dritten beliebig begrenzen, sie können ihm sein Recht unentziehbar übertragen, dasselbe an Bedingungen oder Befristungen knüpfen oder sich die Befugnis vorbehalten, das Recht des Dritten zu ändern oder gänzlich aufzuheben. In Ermanglung besonderer Bestimmungen bezüglich der Gestaltung im einzelnen gibt der Abs. 2 eine Auslegungsregel dafür, ob überhaupt ein solches Leistungsversprechen eine Berechtigung des Dritten schlüssig erscheinen läßt, wann und wie dieselbe sich gestaltet.

Aus der Vorschrift des Abs. 2 geht hervor, daß es eines ausdrücklichen Vorbehaltes nicht bedarf; es genügt schon, daß die Absicht der Parteien konkludent ist und eventuell aus ihrem stillschweigenden Abwarten die Absicht auf eine spätere Aufhebung der Berechtigung des Dritten hergeleitet wird.[1]) Hier ist eine Willenserklärung vorhanden, wenn sie auch nicht ausdrücklich erklärt ist. Aus den Umständen, besonders aus dem verkehrsmäßigen Zweck des Vertrages soll entnommen werden, ob eine solche stillschweigende Willenserklärung der Parteien existiert, darauf gerichtet, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern; es soll untersucht werden, ob die Parteien sich die Frage einer möglichen späteren Änderung des Rechtes des Dritten tatsächlich vorgelegt haben, und ob die Antwort als stillschweigend erklärter Vorbehalt in den Umständen oder dem Zweck des Vertrages enthalten ist.

Andererseits ist aber auch öfters die Möglichkeit denkbar, daß der Abs. 2 eine ergänzende Rechtsregel für den Fall bildet, daß weder ausdrücklich noch stillschweigend die Kontrahenten einen direkten oder indirekten Anhalt zur Entscheidung ihres Willens geboten haben, der die Möglichkeit einer späteren

[1]) s. Staudinger § 328 Anm. 1c; Planck § 328 Anm. 2; Crome Bd. 2 S. 224.

Rechtsänderung einräumt.[1]) Es wird dann das von den Parteien als gewollt angesehen, was sie nach dem Sinn oder Charakter des Vertrages bei Erwägung dieses Umstandes gewollt haben würden, insbesondere ist also zu entscheiden, ob sie sich eine solche Befugnis vorbehalten haben würden, wenn sie beim Abschluß des Vertrages sich diese betreffende Frage vorgelegt hätten.[2]) Denn tatsächlich haben sie ja diese Möglichkeit nicht erwogen.

Nachdem wir nun die Frage erörtert haben, wann ein solcher Vorbehalt anzunehmen ist, kommen wir zu der Untersuchung, welche die Bedeutung des Vorbehaltes feststellt. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Vorbehalt den Parteien die spätere Rechtsänderung gewährleistet. Sichert er ihnen nun die Ausübung eines bereits zustehenden Rechtes, das ohne den Vorbehalt untergehen würde, verschafft er ihnen erst eine solche Möglichkeit oder hat er überhaupt keinen Einfluß auf die Verbesserung ihrer Rechtslage? Um eine Antwort geben zu können, müssen wir die Frage prüfen, ob dieses Recht den Parteien schon vorher zustand, ob also das Recht des Dritten durch einen objektiven Erlaßvertrag zwischen den Vertragsschließenden aufgehoben werden kann, wenn die Befugnis dazu nicht ausdrücklich vorbehalten wurde.

Diese Frage ist m. E. zu verneinen, und zwar auf Grund der Natur und des Wesens solcher Versprechen der Leistung an Dritte. Der Kern dieser Rechtsfigur ist doch darin zu suchen, daß das Bewirken einer Leistung zugunsten eines Dritten möglich ist, ohne den Umweg vom Schuldner an den Versprechensempfänger und von diesem zum Dritten zu machen. Der hierin liegenden ratio legis, daß der Abschluß von Verträgen, die eine günstige Rechtsposition schaffen, gefördert wird, würde aber die Möglichkeit, jederzeit dieses Recht wieder entziehen zu können, direkt widersprechen. Jegliche Sicherheit für die Person des Dritten würde durch die Sanktion dieses rechtsvernichtenden und mit den Grundsätzen von Treu und Glauben scharf kontrastierenden Prinzips unterbunden. Daher wird dasselbe auch keineswegs von der Rechtsordnung gebilligt, wie sich aus der Bestimmung des § 328 Abs. 2 mit Deutlichkeit ergibt. Der Gesetzgeber bestimmt hier ausdrücklich, wann den Vertragsschließenden die Befugnis, das Recht des Dritten aufzuheben oder zu ändern, zusteht. Als argumentum e contrario ist die Schlußfolgerung zu ziehen, daß in den Fällen, in welchen

[1]) Staudinger § 328 Anm. 2; Planck § 328 Anm. 1.
[2]) Hellwig, Verträge S. 149.

der Gesetzgeber den Kontrahenten diese Befugnis nicht zuspricht, nämlich wenn sie sich dieselbe nicht vorbehalten haben, eine vertragliche Rechtsentziehung des Dritten durch Erlaß nicht zulässig ist.

Hellwig[1]) versucht die Möglichkeit eines solchen Erlaßvertrages durch die direkte Anwendung der Vorschriften für die Gesamtgläubigerschaft auf vorliegendes Schuldverhältnis zu begründen, da er den Vertrag der Leistung an einen Dritten für einen Fall der Gesamtgläubigerschaft anspricht. Eine Ähnlichkeit dieser beiden Rechtsverhältnisse ist ja nicht zu verkennen;[2]) denn auf Grund eines einheitlichen Vertrages steht der Anspruch auf Bewirken einer Leistung zwei Personen, dem Versprechensempfänger und dem Dritten zu; der Inhalt der Leistung ist bei beiden derselbe, und es braucht von dem Schuldner nur einmal geleistet zu werden. In einem wesentlichen Punkte aber — und gerade dieser fordert eine scharfe Unterscheidung der Rechtsbegriffe und ist ausschlaggebend für unsere verneinende Argumentation — weichen dieselben voneinander ab. Bei dem aktiven Gesamtschuldverhältnis ist wesentlich das Vorliegen der Identität der Leistung in objektiver Beziehung und das Fehlen in subjektiver Beziehung; bei den Verträgen zugunsten Dritter ist aber sowohl Identität in objektiver als auch in subjektiver Beziehung vorhanden. Denn der Versprechensempfänger kann nicht Leistung an sich, sondern ausschließlich an den Dritten, wie dieser selbst verlangen.[3]) Immerhin dürfte die näher gekennzeichnete Analogie der Verhältnisse eine beschränkte Anwendung der Regeln der Gesamtgläubigerschaft rechtfertigen: aber eben nur unter einer gewissen Beschränkung, da im einzelnen Falle geprüft werden muß, ob sich nicht aus dem Unterschied der Identität in subjektiver Beziehung hindernde Kontroversen ergeben.[4]) Dieses ist aber hier der Fall. Denn der Erlaß bildet immer nur ein Surrogat für die Erfüllung; wer diese fordern kann, soll ihre schuldtilgende Wirkung unter Abstandnahme von ihr durch seinen Willen herstellen können. Aber eine Erfüllung an den Versprechensempfänger ist nach dem Vertragsinhalt gar nicht möglich, da er kein wirksamer

---

[1]) Hellwig, Verträge S. 311, 320, 328.

[2]) Windscheid § 287 N. 5; Cosack Bd. 1 S. 343; Planck § 335 Erl. 1; Dernburg, Bürgerl. R., Schuldverh. Bd. 1 S. 237 VI; Staudinger § 335 N. 3; and. A. Stammler S. 170; Binder S. 474; Schollmeyer § 335 Anm. 1 und Vorbem. 3 a. E. § 420; Endemann Bd. 1 S. 720 N. 2b; Danz S. 207; Komm. d. RGRäte § 328 Anm. 1; Oertmann § 355 Erl. 2; Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 24 S. 142/43; Hellmann S. 236.

[3]) Schollmeyer § 335 Erl. 1.

[4]) Planck § 335 Erl. 1.

Leistungsempfänger ist; darum kann er auch nur sein eigenes Recht auf die dem Dritten zu machende Leistung, nicht das des Dritten durch Erlaß zum Erlöschen bringen.[1])

Die Möglichkeit, das Recht des Dritten zu ändern oder aufzuheben, ist also den Parteien ursprünglich nicht gegeben. Sie schaffen sich dasselbe erst durch einen diesbezüglichen Vorbehalt. Die Befugnis wird den Parteien erst durch eine solche Beredung begründet und die Möglichkeit ihrer Durchführung ins Leben gerufen. Der Vorbehalt wirkt also rechtsbegründend.

Für die Vereinbarung des Vorbehaltes ist ein bestimmter Endtermin nicht gesetzt. Die Parteien können sich daher die Befugnis zum Ändern oder Aufheben bis zum Erlöschen des Rechts des Dritten schaffen. Es fehlt daher hier das Moment der Sicherung der Ausübung eines Rechts, welches wir als eine wesentliche Seite des Vorbehalts bei §§ 341, 464, 640, 1001 feststellen konnten.

Das Ausüben der vorbehaltenen Befugnis bedeutet eine Änderung des geschlossenen Vertrages; die Rechtswirksamkeit einer solchen Änderung fordert daher die Erklärung gegenüber der anderen Vertragspartei.[2]) Nur ausnahmsweise genügt eine einseitige Willenserklärung, und zwar in der Form einer Verfügung von Todes wegen für den Fall des Vorbehaltes der Befugnis, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen.

Anschließend an § 328 sind die §§ 331, 332 auf die Begriffsbestimmungen des Vorbehaltes zu untersuchen. § 331 lautet:

> „Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers.
>
> Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugnis dazu vorbehalten ist".

Der Abs. 1 bestimmt also den Zeitpunkt, in welchem der Dritte das Recht auf die Leistung erwirbt. Für den Fall des Todes des Versprechensempfängers macht Abs. 2 die Möglichkeit, das Recht des Dritten aufzuheben oder zu ändern, von einem diesbezüglichen Vorbehalt abhängig. Die Parteien müssen eine Willenserklärung abgegeben haben, die dem Schuldner ein

---

[1]) Schollmeyer S. 229 Anm. 1a; Oertmann § 355 Erl. 2.

[2]) Planck § 332 Erl. 2; Staudinger § 332 Anm. 2a; Komm. d. RGRäte § 332 Erl. 1.

solches Recht auf Änderung verschafft; fehlt diese, so verneint die Auslegung des Vertrages auf Grund oben angestellter Untersuchung ein solches Recht auf seiten des Versprechenden.

Auch hier begründet der Vorbehalt entsprechend § 328 die Möglichkeit zur Ausübung eines Rechts.

§ 332 lautet:

> „Hat sich der Versprechensempfänger die Befugnis vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen, so kann dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todes wegen geschehen".

Mit der in diesem Paragraphen enthaltenen Auslegungsregel haben wir uns keineswegs zu befassen; Gegenstand unserer Untersuchung bildet lediglich die Festlegung des Vorbehaltsbegriffes. § 332 verweist auf den in § 328 Abs. 2 enthaltenen Vorbehalt der Befugnis, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben. Wir können daher auf die bei Besprechung dieses Paragraphen gemachten Ausführungen und das gefundene Ergebnis verweisen. Wie dort, so trägt auch hier der Vorbehalt rechtsbegründenden Charakter und ermöglicht die Ausübung eines Rechts.

§ 13.

Einer einheitlichen Untersuchung zu unterziehen sind die §§ 346, 357—360, 506, 1238, 2293, 2298, da sie alle den Vorbehalt eines Rücktrittsrechts enthalten.

Übersicht.

Während § 346 die grundsätzliche Wirkung des vorbehaltenen Rücktritts näher festlegt, enthalten die §§ 357—360 besondere Anwendungsfälle desselben. Im einzelnen begründet § 357 die Unwirksamkeit des Rücktritts gegen Aufrechenbarkeit bei Vorbehalt desselben für den Fall der Nichterfüllung. § 358 regelt für diesen Fall die Beweislast zu Lasten des Schuldners. § 359 enthält Einzelbestimmungen über den Rücktrittsvorbehalt gegen Zahlung eines Reugeldes. § 360 bestimmt, daß der in einem Vertrage enthaltene Vorbehalt, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein solle, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, als ein Vorbehalt des Rücktrittsrechts anzusehen sei; die Rechtswirkungen des Rücktritts treten also nicht ipso jure mit Nichterfüllung ein, so daß letztere dann den Charakter einer auflösenden Bedingung tragen würde, sondern erst dann, wenn der Gläubiger das ihm infolge der schuldnerischen

Nichterfüllung erhaltene Recht des Rücktritts durch Erklärung ausübt. Sonst wäre ja der Schuldner in der Lage, sich jederzeit bei einem solchen Vorbehalt durch bloße Nichterfüllung von der Vertragsgebundenheit zu befreien.[1]) § 506 bestimmt, daß bei einem eingeräumten Vorkaufsrechte die Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam ist. Der § 1238 redet in Abs. 2 Satz 3 von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung für den Pfandgläubiger bei einem öffentlichen Pfandverkauf; es ist erforderlich, auf den Tatbestand des § 1238 kurz einzugehen, um ein klares Bild der etwas verwickelten Bestimmung zu erhalten. Abs. 1 lautet:

> „Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis bar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht".

Er verlangt also erstens die von dem Gläubiger bei dem Ausgebot abzugebende Erklärung, daß nur gegen sofortige Barzahlung bei Übergabe des erstandenen Pfandes verkauft wird, und daß nur unter dieser Bedingung der Zuschlag erteilt werden soll; zweitens muß zum Ausdruck gebracht werden, daß der Ersteher aller seiner Rechte nach Maßgabe des Abs. 2 Satz 2 verlustig gehe, wenn die Vorschrift der sofortigen Barzahlung nicht beachtet wird.

Abs. 2 lautet:

> „Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt. Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird".

Zu Satz 1:

Ist die Bestimmung des Abs. 1 nicht befolgt worden, sind also die gesetzlichen Verkaufsbedingungen nicht verkündet, so trägt der Gläubiger die Gefahr der Insolvenz des Käufers, da der Kaufpreis als vom Käufer empfangen angesehen wird. Im Verhältnis des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner wird letzterer in Höhe des ausstehenden Zuschlagbetrages von seiner Schuld befreit auf Grund der Fiktion, der Gläubiger habe selbst zu dem

[1]) Schollmeyer S. 272; Oertmann § 360 Erl. 1; Rawitzki S. 40.

Meistangebot unter der Bedingung sofortiger Barzahlung gekauft.[1]) Im Verhältnis des Gläubigers zum Ersteher bleiben des ersteren Rechte bezüglich der Barzahlung unberührt.

Zu Satz 2:

Sind aber die Vorschriften des Abs. 1 erfüllt worden und fehlt die sofortige Barzahlung, so tritt nicht ohne weiteres der Verlust aller Rechte für den Ersteher ein, sondern der Pfandgläubiger muß, um den Eintritt der in Abs. 2 Satz 1 enthaltenen Rechtsfolgen zu verhindern, noch ausdrücklich von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch machen, d. h. dem Käufer gegenüber den Rücktritt vom Kaufvertrage erklären oder durch den Versteigerer erklären lassen. Die Rechtsverwirkung ist also nicht die gesetzliche Folge der unterbliebenen Barzahlung, sondern tritt erst auf Grund diesbezüglicher Geltendmachung durch den Gläubiger ein.

Die Verwirkungsklausel des Abs. 1 ist also analog der Bestimmung des § 360 zu behandeln und in der vom Gläubiger gemäß Abs. 1 erlassenen Verkündigung nur ein Vorbehalt des Rücktritts für den Fall nicht sofortiger Barzahlung zu erblicken.

§ 2293 läßt den Rücktritt vom Erbvertrage für den Erblasser zu für den Fall seines Vorbehaltes im Vertrage. § 2298 bestimmt die Folgen eines solchen Vorbehaltes.

Ausführung.

Bei allen Paragraphen ist als ein unerläßliches Moment ihrer Anwendung unterstellt, daß eine der Vertragsparteien sich den Rücktritt vorbehalten hat. Die wörtliche Anwendung dieses Ausdrucks ist nicht notwendig; es genügt jegliche Wendung, in die ein derartiger Vorbehalt eingekleidet werden kann, da es Pflicht der Auslegung der Willenserklärung ist, die Frage zu beantworten, ob die Parteien die Möglichkeit einer Aufhebung des Vertragsverhältnisses erwogen und diese beabsichtigte spätere Realisierung haben ausdrücken wollen. Auf diesem Weg kann man oft zu dem entgegengesetzten Ergebnis kommen, daß die Parteien, obwohl sie vom Rücktritt reden, den Rücktritt im Sinne der §§ 346 ff. sich keineswegs vorbehalten wollten.[2])

Ein bestimmter Zeitpunkt für die Erklärung des Vorbehaltes wird nicht gefordert. Es ist den Parteien die Möglichkeit gegeben, jederzeit bis zum Erlöschen des alten Schuldverhältnisses durch Bewirken der Leistung[3]) einen solchen Vorbehalt zu ver-

[1]) Staudinger § 1238 Anm. 2a.
[2]) Staudinger § 346 Erl. 1.
[3]) Gemäß § 362 Abs. 1: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die ge-

abreden, da mit dem Erlöschen der Schuldverpflichtung die Grundlagen und Zweckbestimmungen desselben fortfallen.

Regelmäßig wird ja nun die Erklärung des Vorbehaltes in dem zugrunde liegenden Vertrage, der später erlöschen soll, enthalten sein. Wird er aber erst nach Abschluß desselben in einem besonderen Nebenvertrage[1]) erklärt, so wird er als schon im ersten Vertrage enthalten fingiert. So sagt Planck (§ 346 Erl. 3), daß im Zweifel anzunehmen ist, daß nach Absicht der Parteien das unter ihnen bestehende Verhältnis, insbesondere die Verpflichtung zur eventuellen Rückgewähr des Geleisteten so beurteilt werden soll, wie wenn der Rücktritt schon im Vertrage selbst ausbedungen wäre. Auch Schollmeyer (S. 256) hält eine Separatabredung, daß der Rücktritt von einem früher geschlossenen Vertrage gestattet sein soll, für gültig. Jedoch läßt er die Folgen der Rücktrittserklärung erst von dem Momente der Verabredung des Rücktritts an eintreten. Dieses würde aber gleichbedeutend mit einer nur teilweisen Auflösung des alten Vertrages sein, und die Leistungen, die vor der Vorbehaltserklärung erfolgt sind, könnten nicht zurückgefordert werden. Eine solche Bestimmung ist aber aus den §§ 346 ff. keineswegs herauszulesen. Auf den ersten Blick zweifelhaft sein könnte die Vertragsnatur des Vorbehaltes bei § 1253. Hier kommt der Vertrag mit dem Zuschlag des Versteigerers zustande. Das Angebot bedeutet Unterwerfung unter die Verkaufsbestimmung und enthält gleichzeitig die Annahme der vom Pfandgläubiger durch Verkündung der kassatorischen Klausel gemachten Offerte.

Der Rücktrittsvorbehalt kann sowohl zugunsten einer als auch beider Vertragsparteien erklärt werden; eine gesetzliche Beschränkung gibt es hierin nicht und hängt eine diesbezügliche Bestimmung lediglich vom Parteiwillen ab.

Was ist nun das Wesen des Rücktrittsvorbehalts. Er verschafft dem Berechtigten die Möglichkeit, die Erklärung des Rücktritts gemäß § 349 abzugeben. Lediglich diese, nicht die bloße Verabredung des Rücktrittsrechtes läßt die in §§ 346 bis

---

schuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird; es werden hierdurch sowohl die einzelnen Ansprüche als auch das Schuldverhältnis selbst vernichtet. — Abzuweisen ist die Ansicht, daß durch Erfüllung nur der einzelne Anspruch getilgt werde, das Schuldverhältnis in weiterem Sinne aber, die causa, trotz erfolgter Leistung noch fortbestehe und erst durch den Rücktritt endige. Vertreten von Oertmann in Bl. f. RA. Bd. 69 S. 76; Stammler S. 219; and. A. Staudinger S. 276 Vorbem. 1. Das Richtige liegt m. E. darin, daß die Erfüllung sowohl generelle wie auch nur teilweise Vernichtung des Schuldverhältnisses bedeuten kann. Die Entscheidung im konkreten Falle ist quaestio facti.

[1]) Rawitzki S. 39.

348 enthaltenen Wirkungen eintreten. Sie erfolgen aber nicht ipso jure mit der Rücktrittserklärung, da letztere keine Resolutivbedingung ist.[1]) Hierüber herrscht in der Literatur fast vollständige Einigkeit. Nur Enneccerus (Bd. 1 S. 461) vertritt die gegnerische Anschauung, welche „den Vorbehalt des Rücktritts seinem Wesen nach als eine Resolutivbedingung betrachtet; denn es wird vereinbart, daß das Schuldverhältnis, wenn der Rücktritt erfolgt, wieder aufgelöst sein solle. Aber die Wirkung dieser Resolutivbedingung ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch durchaus abweichend von anderen Resolutivbedingungen geordnet".

Dem ist entgegenzuhalten, daß der auflösenden Bedingung die rückwirkende Kraft grundsätzlich entzogen ist mit Ausnahme des § 159; und auch hier sind die eintretenden Folgen ganz andere, als sie § 347 als Folgen der Erklärung des Rücktritts festlegt.[2]) Während die Bedingung dingliche Wirkung ausübt, muß bei dem Rücktritt zwischen dinglicher und obligatorischer Wirkung unterschieden werden. Die Rücktrittserklärung wirkt nur persönlich; sie begründet nur eine sofortige Auflösung des obligatorischen Vertrages[3]) und ergreift lediglich den Kaufakt, der bei Erklärung des Rücktritts mit dinglicher Wirkung hinfällig wird. Die daraufhin vollzogenen Leistungen werden in ihrer Wirkung nicht beeinflußt, ausgenommen natürlich den Fall, daß die Parteien der Erklärung des Rücktritts die Bedeutung einer auflösenden Bedingung ausdrücklich beilegten. Denn die Vorschriften der §§ 346 ff. sind dispositiver Natur:[4]) die Parteien können also auch andere Wirkungen für den Fall

[1]) Matthiaß S. 223 III A; Oertmann in Bl. f. RA. S. 77 VI; Kretschmar S. 127; Wiesand S. 39.

[2]) Schollmeyer Vorbem. zu § 346; Oertmann Vorbem. 4 zu § 346.

[3]) Die herrschende Lehre verficht als direkte Wirkung ein Erlöschen des durch Vertrag begründeten Schuldverhältnisses. Als weitere Wirkung entsteht gleichzeitig ein neues Schuldverhältnis, aus welchem die Parteien verpflichtet werden, einander die empfangenen Leistungen gemäß § 346 zurückzugeben. Vgl. Prot. Bd. 1 S. 788 ff., Bd. 6 S. 158; Matthiaß S. 223 III A; Oertmann in Bl. f. RA. und dort zit. Lit.; Kaufmann Bd. 2 S. 202 IV, 2; Staudinger Vorbem. IV, 1 zu § 346; Planck Vorbem. 1 vor § 346; Schollmeyer Vorbem. zu § 346 Erl. 2; Oertmann Vorbem. 2 zu § 346; Fischer-Henle § 346 Erl. 3; Neumann, BGB. § 346 Erl.; Littmann S. 88 ff. Die Gegenmeinung läßt das Schuldverhältnis bestehen. Der Rücktritt begründet, soweit nicht geleistet wurde, eine Einrede, soweit geleistet wurde, einen Anspruch auf Rückgabe. So Crome Bd. 2 S. 292; Dernburg Bd. 2 § 107 V; Endemann Bd. 1 § 148 N. 2; Stammler S. 130. Eine Mittelmeinung findet sich bei Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 21; Windscheid Bd. 2 S. 320, 499. Über die Streitfrage im einzelnen vgl. Oertmann in Bl. f. RA. S. 65.

[4]) Mot. Bd. 2 S. 281.

der Rücktrittserklärung vereinbaren. Wir sind aber nach Oertmann[1]) nicht berechtigt, die dem obligatorischen Vertrage beigefügte Bedingung ohne weiteres auch in die auf Grund desselben vollzogenen „dinglichen" Verfügungsakte als stillschweigend wiederholt hineinzutragen. Schließlich ist auch die Annahme einer Bedingung gänzlich unvereinbar mit dem Vorhandensein gesetzlicher Rücktrittsrechte;[2]) man müßte denn zu der höchst gekünstelten Annahme einer jedem Vertrage innewohnenden resolutiven Rechtsbedingung greifen. Ferner ist zu bedenken, daß der Rücktritt nicht als ein besonderer Rechtsbegriff für sich in den §§ 346 ff. dargestellt worden wäre, wenn tatsächlich der Gesetzgeber die Rücktrittserklärung wie eine Resolutivbedingung wirken lassen wollte. Es hätte hier eine Verweisung auf §§ 158 ff. vollständig genügt.

Etwas anderes ist die Frage nach dem Zusammenhang des zugrunde liegenden Vertrages mit dem aus der Rücktrittserklärung entstehenden Schuldverhältnisse auf Rückgewähr der Leistungen. Hier ist die Verpflichtung zur Rückgabe durch die Rücktrittserklärung suspensiv bedingt.[3])

Die positive Bedeutung der Rücktrittserklärung und damit die Bestimmung des Wesens ihres Vorbehaltes ergibt sich aus den Motiven der Parteien. Eine Vertragspartei rechnet mit der Möglichkeit, daß ihr Interesse an dem Vertrage späterhin vielleicht aufhört, weil der Eintritt gewisser Umstände ein Freiwerden von der Vertragsgebundenheit wünschenswert machen könnte. Da sie aber mit dem endgültigen Entschluß wegen Nichtkenntnis der zukünftigen Eventualitäten noch zurückhalten muß, so verkündet sie jetzt schon die Möglichkeit eines erst später eintretenden Rücktritts. Es ist also gänzlich ihrem freien Belieben anheimgestellt, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will. Sie hat durch den Vorbehalt ein sogen. „Kannrecht" erworben, ein „Recht des rechtlichen Könnens".[4]) Es sind dieses Rechte, die irgendwelche Macht über eine Rechtswirkung gewähren, deren „Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft ist".[5]) Die Ausübung solcher Gestaltungsrechte kann eine doppelte

---

[1]) Bl. f. RA. S. 77 VI.

[2]) §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325, 326, 327, 462, 467, 543 Abs. 2, 555 Abs. 2, 634 Abs. 4, 1298—1300, 2293.

[3]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 22; Rehbein Bd. 2 S. 252; Tietze S. 165; Wiesand S. 39.

[4]) Nach Zitelmann. Seckel (S. 205) nennt sie Gestaltungsrechte; vgl. Oertmann Vorbem. D vor § 194.

[5]) Seckel S. 206; vgl. Walsmann S. 56/57 und dort zit. Lit. Nach

sein. Einmal liegt sie in der Abgabe einer Willenserklärung; sie kann aber zweitens auch erfolgen „durch eine in Ausübung des Rechtes vorgenommene Handlung, die an sich nicht Willenserklärung ist oder doch in ihrer Art darüber hinausgeht", wie z. B. das Jagdrecht und das Recht aus § 910.[1]) Das vorliegend behandelte Rücktrittsrecht ist zur ersten Gruppe der Gestaltungsrechte zu zählen. Dieselben begründen keinen klagbaren Anspruch, so daß also der Schuldner nicht von dem Berechtigten dessen Rücktrittserklärung fordern kann. Eine Verjährung des Rücktrittsrechtes ist daher unmöglich. Nur der daraus entstehende konkrete Anspruch unterliegt derselben.[2])

Zusammenfassend müssen wir als Bedeutung des Rücktrittsvorbehaltes das Erlangen eines „Kannrechtes" bezeichnen, dessen Ausübung dem Erklärenden allein durch Abschluß eines Vorbehaltvertrages ermöglicht wird. Er wirkt also rechtsbegründend, nicht rechtserhaltend, da vor Vereinbaren des Vorbehaltes dieses Recht noch nicht vorhanden ist. Es fehlt hier die sichernde Wirkung bezüglich des Rechtes, dessen Vernichtung durch den Vorbehalt vorgebeugt werden soll.

§ 14.[3])

Einer der häufigst angewandten Fälle des Vorbehaltes ist der Eigentumsvorbehalt des § 455, da er durch die Möglichkeit, dem kreditierenden Verkäufer eine Sicherheit für den gestundeten Kaufpreis zu gewähren, im Kredithandel eine bedeutende Rolle spielt. § 455 lautet:

> „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt, und daß der Verkäufer zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt".[4])

---

ihm „geben die Gestaltungsrechte dem Berechtigten die Befugnis, durch Betätigung des Willens eine Rechtsänderung herbeizuführen".

[1]) Walsmann S. 61.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 284; Kisch S. 136; Oertmann Vorbem. 3 zu § 346.

[3]) Trotz der rechtserhaltenden Natur ist der Eigentumsvorbehalt wegen des mit ihm verbundenen Rücktrittsvorbehalts an dieser Stelle behandelt.

[4]) Über die Frage eines Eigentumsvorbehaltes bei einem Grundstückskauf vgl. Crome Bd. 2 S. 414; Endemann Bd. 1 S. 935 N. 10; Enneccerus Bd. 1 § 254 Abs. 1; Oertmann § 455 Erl. 2; Planck § 455 Anm. 5; Goldmann-Lilienthal S. 517 Anm. 5; Dernburg Bd. 2 § 171 III; Cosack Bd. 1 S. 446; Wanjura S. 35ff.

Es ist hier vom Gesetzgeber angeordnet, welcher Auslegung eine gewisse Erklärung des Verkäufers im Zweifel, d. h. wenn die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbaren, zu unterwerfen ist. Der Paragraph stellt also lediglich eine Auslegungsregel[1]) dar; den Parteien bleibt es unbenommen, die Wirkung des Vorbehaltes nach ihrem Belieben zu bestimmen und die Abreden, die im konkreten Falle eintreffen sollen, nach freiem Ermessen zu modifizieren. So wäre denkbar eine resolutiv bedingte Eigentumsübertragung anstatt einer suspensiv bedingten darin bestehend, daß das Eigentum zugleich mit der Übergabe auf den Käufer übergeht, aber bei Eintritt der Bedingung, z. B. Zahlungsverzug ipso jure gemäß § 158 Abs. 2 an den Verkäufer zurückfällt; oder es wird entweder nur eine — suspensiv oder resolutiv — bedingte Eigentumsübertragung ohne Rücktrittsrecht oder letzteres ohne das erstere vereinbart.[2])

Eine ausdrückliche Erklärung des Vorbehaltes ist nicht erforderlich. In den meisten Fällen wird er ja in der Weise abgeschlossen, daß der Verkäufer bei Übergabe der Kaufsache an den Käufer erklärt: „Ich übergebe dir hiermit die Sache, behalte mir aber mein Eigentum daran vor", und daß der Käufer diesem Vorbehalt ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt. Es genügt jedoch auch eine stillschweigende Vereinbarung, wenn sie sich aus den Umständen, insbesondere aus der Verkehrssitte ergibt,[3]) wie namentlich bei den Geschäften des täglichen Lebens, im Marktverkehr, oder beim Einkauf in Warenhäusern, die sofortige Zahlung an der Kasse erwarten.

Das Wesen des Eigentumsvorbehaltes spiegelt sich nun in seinen Wirkungen wider; wir müssen daher diese im einzelnen untersuchen, um ein klares Bild des Vorbehaltes zu gewinnen.

Schon aus der Fassung des Gesetzes ergibt sich eine doppelte Wirkung der zu untersuchenden Abrede, eine dingliche und eine obligatorische. Wir wollen zuerst die dingliche Wirkung als die wesentlichere, das eigentliche Sicherungsmittel betrachten, während die obligatorische mehr eine ergänzende Stellung einnimmt.

Dadurch, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung völliger Zahlung des Kaufpreises er-

---

[1]) Er ist dispositiver Natur und kein ergänzender Rechtssatz; vgl. Stammler S. 55; Oertmann § 455 Erl. 1; Pudor S. 20ff.

[2]) Crome Bd. 2 S. 413; Enneccerus Bd. 1 S. 624 N. 4; Endemann Bd. 1 S. 935 N. 10, S. 972 N. 22; Staudinger § 455 I, 2; Staub Bd. 2 Exk. zu § 382 Anm. 68; Behrens S. 8; Stern S. 10; Jaffé S. 3.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 215, 2, bes. Anm. 6; Endemann Bd. 2, 1 § 80 Anm. 17; Goldmann-Lilienthal § 16 Anm. 5; Staudinger § 929 Anm. V, 2b; Fischer-Henle § 455 Anm. 2; Jaffé S. 6.

folgt, wird der dingliche Vertrag der Einigung, der nach § 929 zusammen mit der Übergabe die Übertragung des Eigentums vermittelt, betroffen. Während also die tatsächlichen Wirkungen des Übereignungsaktes, die Einräumung der tatsächlichen Gewalt und damit Besitzverschaffung sofort erfolgen, zeigen sich die rechtlichen Wirkungen erst mit Zustandekommen des Einigungsvertrages, welches ipso jure mit Eintritt der Bedingung erfolgt.[1]) Nicht bedingt ist also der obligatorische Kaufvertrag, der sofort zustande kommt und sofort die aus ihm resultierenden Forderungsrechte entstehen läßt; denn wäre er durch die Zahlung suspensiv bedingt, so könnte ja der Verkäufer dieselbe nicht eher einklagen, als bis sie bereits vollständig erfolgt ist.[2]) Bis zum Eintritt der Bedingung ergibt sich für den Käufer das Verbot, Verfügungen, d. h. dingliche Rechtsakte bezüglich der Kaufsache vorzunehmen, da er ja lediglich Besitzer, Eigentümer aber noch der Verkäufer ist. Letzterer kann also jederzeit die aus seinem Eigentumsrechte sich ergebenden Befugnisse verwirklichen und die Sache bei dem Käufer vindizieren.[3]) Die Realisierung des Eigentumsvorbehaltes bedeutet Rückforderung der Sache, und dieses Moment ist für die Erklärung des Vorbehaltes als maßgebend zu betrachten. Sie ist eine Folge der Suspensivbedingung, da ohne dieselbe sofort Eigentum übergehen würde und also eine Vindikation ausgeschlossen wäre.

Die naheliegende Erklärung des Vorbehaltes als Wesensgleichheit einer Suspensivbedingung würde daher nicht unrichtig sein, aber doch sein wirkliches Bild nicht vollständig übermitteln. Die Suspensivbedingung ist nur ein konkretes, sofort ins Auge springendes Moment, nur die äußere Schale, die jene der Betrachtung entfernter liegende Möglichkeit zur Ausübung des Rückforderungsrechtes in sich schließt. Sie ist also lediglich

---

[1]) Damit ist die früher vertretene Theorie (A. Leonhard S. 225; Seufferts Arch. Bd. 23 N. 135), welche dem Verkäufer durch den Eigentumsvorbehalt ein Pfandrecht an der dem Käufer übereigneten Sache einräumte, verworfen (s. Mot. Bd. 2 S. 319). Ihr würde heute auch das in §§ 1205, 1253 enthaltene Faustpfandprinzip entgegenstehen.

[2]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 319; Prot. Bd. 2 S. 80; Matthiaß § 195 II; Endemann Bd. 1 S. 972 N. 22; Crome Bd. 2 S. 413; Staub Exk. zu § 382 Anm. 63; Cohen S. 689 ff. — Allerdings ist die Bedingung nicht gänzlich für ihn ohne Bedeutung, da der Ausfall derselben in Verbindung mit der weiteren Voraussetzung des Zahlungsverzuges auf seiten des Käufers dem Verkäufer die Rücktrittsmöglichkeit gewährt und der Rücktritt den obligatorischen Kaufvertrag auflösen würde.

[3]) Dieses aus dem Eigentumsvorbehalt sich ergebende Recht erlischt, soweit die Kaufsache infolge Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung gemäß §§ 947 ff. zum wesentlichen Bestandteil einer anderen Sache (§ 93) geworden ist. Der Herausgabeanspruch verwandelt sich dann in einen Anspruch auf Schadensersatz.

das für das Wesen des Vorbehaltes belanglose äußere Gewand, in welches der Gesetzgeber eine derartige Parteivereinbarung einkleidet.

Zu einer klaren Vorstellung des Wesens des Vorbehaltes gelangen wir, wenn wir uns die Frage vorlegen: „Was wollen die Parteien"? Grundsätzlich beabsichtigen sie bei Abschluß eines gewöhnlichen Kaufvertrages, Ware gegen Geld einzutauschen. Der Verkäufer will nun über die sonst übliche Verpflichtung der Zug-um-Zugleistung hinausgehen und schon vor erfolgter Zahlung dem Käufer den Genuß der Sache einräumen. Dieses ermöglicht er bei einem einfachen Kaufvertrag nur durch die Vorleistung der Übertragung des Eigentums. Aus dieser Vorleistung ergeben sich aber Nachteile für ihn, die in der mangelnden Sicherheit für den Eintritt der Insolvenz des Schuldners liegen; er kann weder die Kaufsache benutzen noch steht er im Genusse der Gegenleistung der Zahlung. Um nun dem Käufer schon vor erfolgter Zahlung den Genuß der Kaufsache zu verschaffen, zugleich aber sich gegen die hieraus sich ergebenden Nachteile zu schützen, gibt er sein Eigentum vorläufig nicht auf. Er erhält sich dadurch das Recht, jederzeit sein Eigentum bis zur völligen Zahlung geltend machen zu können.

Dieses bei Abschluß des Kaufvertrages den Parteien vorschwebende Ziel verwirklichen sie durch die Übertragung des Eigentums unter einer Suspensivbedingung. Die Bedeutung des Vorbehaltes erschöpft sich daher nicht in seiner Gleichstellung mit einer Bedingung, sondern in dem durch das Existieren dieser Bedingung erzielten Erfolg.

Der Vorbehalt wirkt also rechtserhaltend, da er für den Käufer das Recht der Vindikation und die darin liegende Verbesserung der Rechtslage sichert; ohne ihn würden die Parteien völliges Eigentum übertragen haben.

Nicht unwesentlich für die Erklärung des Vorbehaltes ist die Untersuchung über die grundsätzliche Bedeutung des durch den Vorbehalt übermittelten Rechtes, die Rückforderung der Kaufsache durch den Verkäufer. Diese Rücknahme verwirklicht lediglich die von den Parteien beabsichtigte Sicherstellung des Verkäufers; irgendwelche sonstigen obligatorischen Folgen zieht sie nicht nach sich. So ist insbesondere nicht in dem Rückempfang der Sache eine Befriedigung des Verkäufers hinsichtlich seines Anspruches auf Restzahlung zu erblicken; daher werden durch die Rückgabe keineswegs die Zahlungsverbindlichkeiten des Käufers zum Erlöschen gebracht.[1]) Der obligatorische Kauf-

[1]) Jaffé S. 67 und dort zit. Lit.

vertrag; bleibt von der Vindikation der Kaufsache ganz unberührt er wird erst mit Erklärung des Rücktritts in seiner Existenz angegriffen. Der Verkäufer ist also nach wie vor zur Leistung der Sache, der Käufer zur völligen Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Letzterer kann die Sache gegen Angebot des Kaufpreisrestes, ersterer den ausstehenden Teil der Zahlung gegen Angebot der Kaufsache fordern.[1])

Dieses dem Verkäufer durch den Vorbehalt übermittelte Recht bildet keine Ausnahme von den ihm sonst nach § 433 zustehenden Befugnissen; denn während nach außen hin der Käufer durch Vorleistung des Verkäufers Eigentümer geworden zu sein scheint, wollen die Parteien im Innenverhältnis gerade den Regelfall der Zug-um-Zugleistung des § 433 durch den Eigentumsvorbehalt gewahrt wissen.

Eine Eigentumsübertragung unter Vorbehalt gemäß § 455 darf nicht schon als Erfüllung im Sinne des § 433 angesehen werden. Denn nach § 433 ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer Eigentum zu verschaffen, d. h. jenes Rechtsverhältnis herzustellen, welches der Gesetzgeber als Eigentumsrecht bezeichnet. Das hierin ausgesprochene Verschaffungsprinzip verpflichtet ihn daher, alle diejenigen Schritte zu tun, Erklärungen abzugeben und Handlungen vorzunehmen, welche zur Herbeiführung jener dinglichen Rechtswirkung gesetzlich erforderlich werden.[2]) Abzuweisen ist daher die zuerst von Schloßmann vertretene Ansicht, eine Eigentumsübertragung unter Vorbehalt sei Erfüllung gemäß § 433; denn den Verkäufer treffe lediglich die Pflicht zur Gewährleistung, „die den Schuldner nur zur Vornahme derjenigen Handlungen zwinge, die von seiner Seite zur Begründung des Rechtes erforderlich sind. Die Übertragung des Eigentums heißt Unmögliches fordern".[3])

Während wir nun das Wesen des Eigentumsvorbehaltes in der Erhaltung des Rückforderungsrechtes des Käufers zu seiner Sicherstellung zu erblicken haben, ist seine äußere Form ein Nebenvertrag, der dem Traditionsvertrag hinzugefügt ist. Aus der Beifügung zu dem Hauptvertrage der Einigung bezüglich

---

[1]) Über die Frage nach einer Bereicherung des Verkäufers nach Rücknahme der Sache durch zwischenzeitliche Wertsteigerung derselben vgl. Crome Bd. 2 S. 413; Dernburg, Bürgerl. R. § 171 N. 13; Staub Bd. 2 Exk. zu § 382 Anm. 64; Oertmann § 455 Anm. 1; Behrens S. 46; Jaffé S. 67; RG. Bd. 7 S. 151, Bd. 67 S. 386.

[2]) Staudinger § 433 VIII Anm. 1b; Mot. Bd. 2 S. 213, 317; Planck § 433 Bem. 6a; Titze S. 44, 45; Flatau S. 20.

[3]) Schloßmann S. 97, zit. Stelle S. 103; Oertmann § 433, 2a; Lesser S. 96, 98; Liebrecht S. 13ff.; Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 497 Nr. 3.

des Eigentumsüberganges ergibt sich seine Vertragsnatur, da ein Vertrag nur durch einen weiteren abgeändert oder aufgehoben werden kann; der Verkäufer kann also niemals einseitig einen solchen Vorbehalt treffen; es bedarf immer der Vertragsform.

Die von uns gegebene Erklärung der juristischen Konstruktion des Eigentumsvorbehaltes weist uns zugleich auch auf die große Wichtigkeit des Zeitpunktes seiner Erklärung hin. Soll der Eigentumsvorbehalt seine dingliche Wirkung gemäß § 455 ausüben, so muß er vor dem Eigentumsübergang vereinbart werden, also spätestens gleichzeitig mit dem Moment, welches den Eigentumsübergang herbeiführt. Denn wenn bereits das Eigentum unbedingt auf den Käufer übergegangen ist, so ist keine Vereinbarung imstande, diesen erfolgten Übergang noch hinauszuschieben, und der Verkäufer kann sich nicht mehr das Eigentum, welches er aufgegeben hat, noch vorbehalten wollen. Eine dingliche Wirkung läßt sich nachträglich nur noch in der Weise erzielen, daß der Käufer das Eigentum durch ein constitutum possessorium an den Verkäufer unter der Resolutivbedingung rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises überträgt. Es bedarf aber hier zur Vorlage eines constitutum possessorium eines konkret bestimmten obligatorischen Besitzrechtes wie Verwahrung oder Miete, da dem aus dem Rechtstitel des Kaufes fortbesitzenden Käufer bisher ein solches Rechtsverhältnis fehlt.[1]) Dagegen steht dem nichts im Wege, daß ein nachträglich vereinbarter Vorbehalt obligatorische Wirkung inter partes erzeugen kann dadurch, daß die Parteien denjenigen Zustand herstellen wollen, der bestehen würde, wenn der Vorbehalt rechtzeitig geschlossen worden wäre.[2])

Obwohl der Ausdruck Eigentumsvorbehalt nur jene von uns bereits behandelte dingliche Wirkung vermuten läßt, verbindet der Gesetzgeber im Zweifel noch eine weitere obligatorische Wirkung mit einer derartigen Parteivereinbarung, die darin besteht, daß der Verkäufer ohne Androhung und ohne Fristsetzung zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sein soll, wenn

---

[1]) Staub Bd. 2 Exk. zu § 382 Anm. 63; Staudinger § 930 Erl. 1b; Oertmann § 455 Erl. 7; RG. Bd. 49 S. 102; Recht 1902 S. 149, 1903 S. 430; JurW. 1903 S. 80, 1904 S. 198. Die allein von Jaffé S. 59 vertretene Ansicht, daß die nachträgliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes lediglich auf Grund eines in dem Kaufvertragsverhältnis liegenden Besitzkonstituts nach § 930 möglich sei, ist daher abzulehnen; er schiebt den Parteien bei Abschluß des Eigentumsvorbehaltes Absichten unter, die sie nur in den seltensten Fällen hegen dürften.

[2]) Oertmann § 455 Erl. 7; Jaffé S. 14; Behrens S. 21; Stern S. 17; Bade S. 52, 55.

der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.[1]) Dieses Rücktrittsrecht richtet sich in seinen Wirkungen nach §§ 346 ff. Wir haben hier also den schon oben behandelten Fall[2]) eines Rücktrittsvorbehaltes vor uns, der die Möglichkeit zur Ausübung eines Rechtes, eines Kannrechtes, begründet.

Dieser Rücktrittsvorbehalt aus § 455 ist trotz seiner großen Ähnlichkeit mit der lex commissoria des § 360 scharf von derselben zu trennen, da dieser Paragraph in seiner Voraussetzung ganz verschieden ist. § 455 verlangt einen Zahlungsverzug des Schuldners, also schuldhafte Nichterfüllung, während bei § 360 schon eine objektive ganze oder teilweise Nichterfüllung dem Berechtigten ein Rücktrittsrecht gibt.

Jedoch ist hier wie dort ein fester Zeitpunkt für die Erklärung des Vorbehaltes bezüglich seiner obligatorischen Wirkung nicht gegeben. Im Gegensatz zur dinglichen Wirkung des Vorbehaltes läßt sich das Rücktrittsrecht auch noch nachträglich jederzeit vereinbaren.

Aus der Verbindung dieser doppelten in dem Eigentumsvorbehalt liegenden Wirkung ergibt sich die Folgerung, daß beide Rechte koordiniert nebeneinanderstehen. Die Ausübung des dinglichen Rechtes hat keineswegs den Verlust des obligatorischen Rechtes zur Folge; andererseits tritt auch nicht ipso jure mit der Vindikation die Verfallklausel in Kraft, da ja die Voraussetzungen für beide verschieden sind und selbst bei Zahlungsverzug die Realisierung der Sicherheitsmaßregel keinesfalls auch das Verlangen nach Vertragsauflösung in sich birgt.[3]) Es ist durch den Vorbehalt ein Rücktrittsrecht gewährt, das der Verkäufer ausüben kann, aber nicht muß. Der Käufer kann also nicht bei einer Vindikation die Kaufsache wegen etwa gemachter Abschlagszahlungen zurückbehalten.[4]) Ein fälliger Anspruch auf Rückgewähr ist noch nicht entstanden, da die nicht erfolgte Rücktrittserklärung den obligatorischen Kaufvertrag noch nicht aufgelöst hat.

Wir können also für den Eigentumsvorbehalt eine einheitliche Erklärung dahin festlegen, daß er dem Berechtigten die Möglichkeit zur Ausübung eines Rechtes übermittelt; daß dieses

---

[1]) Über die Gründe, die den Gesetzgeber zu dieser Bestimmung veranlaßten, s. Prot. Bd. 2 S. 80; Jaffé S. 38.

[2]) s. S. 28 ff. der Abhandl.

[3]) Oertmann § 455 Erl. 1; Endemann Bd. 1 S. 972 N. 24; and. M. Goldmann-Lilienthal § 142 Anm. 2, der eine besondere Vereinbarung für den Fall einer Vindikation bei Zahlungsverzug ohne gleichzeitig darin enthaltene Rücktrittserklärung verlangt.

[4]) Crome Bd. 2 S. 413 N. 69; Planck § 455 Erl. 2.

Recht infolge der doppelten Wirkung ein verschiedenes sein kann, und weiterhin, daß sich hieraus Verschiedenheiten für den Zeitpunkt der Erklärung ergeben, bleibt auf die Definition ohne Einfluß.

§ 15.

In anschließender Untersuchung ist der Vorbehalt des Wiederkaufes zu betrachten. Der der Untersuchung zugrunde gelegte § 497 hat folgenden Wortlaut:

> „Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrag das Recht des Wiederkaufs vorbehalten, so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form.
>
> Der Preis, zu welchem verkauft worden ist, gilt im Zweifel auch für den Wiederkauf".

§ 503 bestimmt eine mit der Vereinbarung des Vorbehaltes beginnende Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechtes.

Gegenstand des Vorbehaltes ist also dem Gesetzeswortlaut zufolge das Recht des Wiederkaufs. Dasselbe ermächtigt den Urverkäufer, von dem Urkäufer die Kaufsache gegen Angebot des Kaufpreises herauszuverlangen.

Welcher Art ist nun die juristische Struktur dieses Rechtes?

Während der Gesetzgeber in den §§ 497—503 nur die praktisch wichtigen Fragen bezüglich des Wirksamwerdens, der Beendigung der Ausübung und bezüglich der sonstigen Rechtsfolgen dieses Rechtes normiert, hat er der Rechtsnatur desselben gegenüber eine entscheidende Stellung nicht eingenommen, sondern die Beantwortung dieser Frage der Wissenschaft überlassen. Unter den zahlreich aufgestellten Theorien lassen sich vier Hauptgruppen unterscheiden. Bei Kritik derselben muß jede Entscheidung abgelehnt werden, welche sich mit den positiven Gesetzesbestimmungen nicht in Einklang bringen läßt.

1. Die besonders von Oertmann[1]) vertretene Theorie des Rücktrittsrechtes erblickt in der Wiederkaufsklausel die Verabredung eines Rücktrittsvorbehaltes. Die Erklärung des Rücktritts liegt in der Ausübung des Wiederkaufsrechtes durch die diesbezügliche Erklärung des Wiederkäufers. Folgerichtig müßten dann auch die §§ 346 ff. uneingeschränkt zur Anwendung gelangen. Dieses ist aber wegen des sich dann ergebenden Widerspruchs

[1]) Oertmann § 497 Vorbem. 2d und Anm. 5; Kuhlenbeck, Pand. Bd. 2 S. 268; Landsberg S. 438; Turnau-Förster S. 516 Anm. 6.

zwischen § 346 und § 798 nicht möglich. Denn der Unterschied zwischen dem Kauf- und Wiederkaufspreis, die Zinslosigkeit des ersteren und die nicht vorgeschriebene Herausgabe der Nutzungen lassen sich nicht mit der Forderung vereinbaren, daß die Parteien verpflichtet sind, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der Kauf nicht zustande gekommen wäre. Den nämlichen Bedenken unterliegt die von Schollmeyer vertretene Theorie des Einlösungsanspruchs als eines Rechtes, durch einseitige Einlösungserklärung ein auf Rückgabe gerichtetes gegenseitiges Schuldverhältnis zur Entstehung zu bringen, das keineswegs ein Kaufvertrag, ja überhaupt kein vertragsmäßiges ist. Auch die in dem Einlösungsrecht liegende Notwendigkeit der Vorleistung ist nicht mit dem Erfordernis der Zug-um-Zugleistung zu vereinbaren, die sich aus den Grundsätzen des Kaufes ergibt.

2. Der Theorie eines Vorvertrages auf Rückkauf[1]) steht die Bestimmung des § 497 Abs. 1 Satz 1 entgegen, daß der Wiederkauf mit der (einseitigen) Erklärung des Wiederkäufers zustande kommt. Sie übersieht das Erfordernis einer freiwilligen oder gezwungenen Annahme durch den Wiederverkäufer, welche doch zu einer Umwandlung des den Vorbehalt enthaltenden Vorvertrages in einen Hauptvertrag erforderlich ist.

3. Auch die zuerst von Planck[2]) aufgestellte Theorie der Rückkaufsofferte, die sich auf den Textwortlaut stützt, daß „ein Wiederkauf" mit der Erklärung „zustande kommt", befriedigt nicht. Denn abgesehen von der zufolge § 503 möglichen dreißigjährigen Antragsgebundenheit verlangt sie in Widerspruch mit § 497 Abs. 1 Satz 2 die eventulle Beobachtung der Formvorschriften (vgl. § 313).

4. Während sich bei allen obigen Konstruktionen unlösbare Kontroversen mit den tatsächlichen Gesetzesbestimmungen in größerem oder geringerem Maße ergeben, entspricht denselben durchaus die Theorie des suspensiv bedingten Rückkaufs, des pactum de retrovendendo.[3])

Nach ihr sind scharf zwei Begriffe voneinander zu trennen, der ursprüngliche Kaufvertrag und der diesem Hauptvertrage beigefügte Nebenvertrag, ein Rechtsakt umgekehrter Richtung. Er ist ein fertig abgeschlossener Kaufvertrag, in dem sich der

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. § 198 I, VI; Schütze S. 93.

[2]) § 497 Anm. 3; ders. A. Endemann Bd. 1 S. 1012 Anm. 18; Hellmann S. 227.

[3]) Vertreten von Matthiaß § 110 VII A; Crome Bd. 2 S. 488; Oberneck S. 725; Stammler S. 13; Fischer-Henle § 497 Anm. 4; Staudinger § 497 Vorbem. 3; Hahn S. 33 ff.; RG. Bd. 69 S. 281.

Urkäufer zur Rückgewähr der gekauften Sache, der Urverkäufer zur Herausgabe des gezahlten Kaufpreises Zug um Zug verpflichtet. Jedoch ist das Wirksamwerden dieses Rückkaufvertrages suspensiv bedingt durch die Erklärung des Wiederkäufers, daß er sein Wiederkaufsrecht ausüben wolle.[1]) Die bloße Tatsache des Abgebens und Empfangens dieser Erklärung genügt, um die rechtlichen Wirkungen des Rückkaufsvertrages in Kraft treten zu lassen. Die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist eine Potestativbedingung, da die Ausübung der dem Wiederkäufer übertragenen Befugnis zur Abgabe derselben gänzlich seinem Belieben anheimgestellt ist, also unter keinen Umständen vom Schuldner erzwungen werden kann.[2]) Das Wiederkaufsrecht gehört daher zur Gruppe der Kannrechte, welcher wir schon bei der Besprechung des Rücktrittsvorbehalts begegnet sind;[3]) der berechtigte Wiederkäufer kann es ausüben, braucht es aber nicht.

Der Vorbehalt des Wiederkaufs ist gänzlich obligatorischer Natur, da er lediglich zwischen den Vertragsparteien wirkt, nicht gegen außenstehende Dritte. Es tritt auch kein dinglicher Rückfall des Eigentums einer Kaufsache ein, sondern lediglich eine obligatorische Verpflichtung des Wiederkäufers zur Rückgewähr.[4])

Nur der Abschluß des Rückkaufvertrages, d. h. die Vereinbarung des Vorbehaltes verschafft dem Wiederkäufer die Möglichkeit zur Verwirklichung der Bedingung, welche eben in der Ausübung des Kannrechtes liegt. Wir können also den Vorbehalt als Mittel ansehen, welches dem Berechtigten die Ausübung eines Rechtes verschafft.

Bezüglich des Zeitpunktes ist zu bemerken, daß er wohl regelmäßig gleichzeitig mit dem Hauptvertrage vereinbart wird. Nichts spricht aber dagegen, daß er infolge seiner Vertrags-

---

[1]) Die Erklärung ist daher formlos, nicht an eine event. geforderte Form des Kaufvertrages gebunden, da die Rechtsgrundlage für ihre Rechtswirksamkeit in dem Rückkaufsvertrage liegt. Wohl ist die Formvorschrift zu beobachten, wenn die Klausel ein nachträglich vereinbartes selbständiges Rechtsgeschäft bildet. Vgl. Komm. d. RGRäte § 497 Anm. 5.

[2]) Derselbe ist lediglich berechtigt, dem Wiederkäufer zwecks Klarstellung seiner Absichten gemäß § 503 eine Frist von drei Jahren, bei Grundstücken dreißig Jahren zur Abgabe der Wiederkaufserklärung zu setzen, mit deren Ablauf die Ausübung des Wiederkaufsrechtes erlischt.

[3]) vgl. S. 33 der Abhandl.

[4]) Die Gläubiger des Verkäufers werden also durch die Wiederkaufserklärung — z. B. hinsichtlich einer Zwangsvollstreckung — nicht gebunden. Im Konkurse des Wiederverkäufers hat der Wiederkäufer kein Absonderungsrecht, sondern lediglich eine einfache Konkursforderung.

natur noch nachträglich in einem besonderen, äußerlich selbständigen Rechtsgeschäft seine Entstehung findet.[1])

Den Vorbehalt des Wiederverkaufsrechts hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geregelt, „da dieser so selten ist, daß für das Gesetz kein Anlaß besteht, ihn besonders hervorzuheben. Zudem wird sich das Geschäft, wenn es vorkommt, meist als Vorbehalt des Reurechtes darstellen".[2]) In Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht muß der Vorbehalt des Wiederverkaufsrechts als ein vertragsmäßig ausbedungenes Rücktrittsrecht angesehen werden.[3]) Die Erklärung eines solchen Vorbehaltes ist also gleichbedeutend mit der Erklärung eines Rücktrittsvorbehaltes, weshalb auf die bei Besprechung des letzteren gemachten Ausführungen verwiesen sei.[4])

§ 16.

Der Wortlaut des den Rangvorbehalt enthaltenden § 881 ist folgender:

> „Der Eigentümer kann sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte die Befugnis vorbehalten, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen.
>
> Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll.
>
> Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber über.
>
> Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht infolge der inzwischen eintretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde".

Das im Liegenschaftsrechte befolgte Publizitätsprinzip offenbart sich in der Eintragung der dinglichen Rechte an einem

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 339; Crome Bd. 2 § 227 Anm. 8; Komm. d. RGRäte § 497 Anm. 2; Staudinger § 497 Anm. 2a; Oertmann § 497 Anm. 2; Hahn S. 44; Milarch S. 41.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 342.

[3]) Matthiaß S. 228 Anm. 4; Crome Bd. 2 § 227 Anm. 7; Endemann Bd. 1 S. 1012 Anm. 16; Oertmann Vorbem. 5 zu § 497; Planck Vorbem. 5 zu § 497.

[4]) s. S. 34 der Abhandl.

Grundstück in das Grundbuch und weiterhin darin, daß für den Rang der Belastungen nicht der Zeitpunkt der rechtsgeschäftlichen Bestellung, sondern der des öffentlichen Verlautbarungsaktes der Eintragung ausschließlich maßgebend ist. Derjenige Rang gilt als richtig und steht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens, den die betreffende Post im Grundbuch erhält. Bei Eintragungen in derselben Abteilung des Grundbuches ist daher die räumliche Aufeinanderfolge maßgebend; aus der Reihenfolge der Eintragungen ergibt sich ohne Rücksicht auf das Datum das Rangverhältnis; bei Eintragungen in verschiedenen Abteilungen hat das unter Angabe eines früheren Tages eingetragene Recht den Vorrang; die zeitliche Aufeinanderfolge ist maßgebend (§ 879).

Es ist nun dem Grundstückseigentümer als eine Folge seiner Verfügungsfreiheit gänzlich freigestellt, eine von der gesetzlichen Regelung der Rangordnung abweichende Bestimmung zu treffen. Das Gesetzbuch gibt ihm zu diesem Zwecke zwei Mittel an die Hand, die Prioritätszession oder Vorrangeinräumung des § 880 und den Rangvorbehalt des § 881.

Zum Zwecke einer klaren Fixierung des Vorbehalts sei kurz auf die wesentlichen Unterschiede dieser beiden Rechtsbegriffe hingewiesen, da trotz der bestehenden Ähnlichkeiten — beide bezwecken eine Rangänderung, und bei beiden ist die Eintragung von Zwischenhypotheken möglich — fundamentale Unterschiede eine scharfe Scheidung dieser Rechtsformen verlangen. Bei der Vorrangeinräumung sind bereits zwei Rechte eingetragen. Sie bezweckt eine nachträgliche Änderung[1]) des bestehenden Rangverhältnisses durch Zurücktreten eines bereits eingetragenen Rechtes zugunsten eines anderen bereits eingetragenen oder noch einzutragenden Rechtes. Sie ist lediglich ein Stellentausch, da die Rechte, die ihren Rang zwischen dem vortretenden und zurücktretenden Rechte haben, von der Rangänderung ganz unberührt bleiben und also weder einen Vorteil noch einen Nachteil davon haben. Der rechtliche Untergrund für diese Änderung bildet die Einigung der beiden beteiligten Berechtigten.

Anders beim Rangvorbehalt des § 881. Er begründet schon im voraus ein Abweichung von der gesetzlichen Rangordnung; deshalb muß er bereits „bei" der Eintragung der Belastung als eine Klausel beigefügt sein, die einer erst später einzutragenden, genau bestimmten Post schon jetzt ihren Rang im Grundbuch anweist. Gleichzeitig mit dem die Belastung des

[1]) RG. Bd. 21 S. 306; and. M. Fuchs S. 101 Erl. 3.

Grundstücks betreffenden Antrag muß auch die Bewilligung des Vorbehaltes dem Grundbuchamt zugehen.[1])

Hieraus ergibt sich die Unmöglichkeit, ein schon eingetragenes Recht nachträglich mit einem Vorbehalt zu beschweren. Eine Rangänderung ist nur noch auf dem Wege der Prioritätszession gemäß § 881 möglich.[2])

Zur Entstehung des Vorbehaltes bedarf es der materiellrechtlichen Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger der zurücktretenden Post; zur Eintragung der vorbehaltenen Post genügt formell die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Der Vorbehalt charakterisiert sich also als ein Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem durch den Vorbehalt belasteten Gläubiger, der dem Eigentümer die Befugnis verschafft, einseitig die Rangstelle der belasteten Post später zu ändern und ein jetzt schon genau bestimmtes Recht an ihre Stelle eintragen zu lassen.

Dieser Vorbehalt muß zufolge des in § 881 Abs. 2 ausgesprochenen Eintragungsprinzips in das Grundbuch bei dem Rechte, welches zurücktreten soll, eingetragen werden.[3]) Wird die durch den Vorbehalt bevorrechtigte Post später eingetragen, so muß auch bei ihr der Rangvorbehalt hinzugefügt werden, um die im konkreten Falle sich ergebende Unrichtigkeit des Lokusprinzips darzutun (§ 879 Abs. 3).[4])

Der Vorbehalt beschränkt nun keineswegs den Eigentümer in seiner Verfügung über das Grundstück durch eine nunmehr für ihn bestehende Verpflichtung, die der belasteten Post folgende Eintragung an die vorbehaltene Stelle zu setzen; es steht nichts im Wege, zwischen der zurücktretenden und der bevorrechtigten Eintragung beliebig viele Zwischenbelastungen des Grundstücks, sei es nun mit oder ohne Wiederholung des Vorbehaltes, eintragen zu lassen.

Gegenstand des Rangvorbehaltes bildet nun die Rangänderung, d. h. die Übertragung des Ranges von einer ein-

---

[1]) Predari S. 343; Biermann § 881 Erl. 1; Fuchs § 881 Nr. 3; Enneccerus Bd. 2 S. 131; and. A. offenbar Oberneck Bd. 1 S. 287, der gleichzeitige Erklärung mit der Bestellung verlangt.

[2]) Planck § 881 Bem. 2a; Staudinger § 881 Bem. I, 2; Predari S. 343, 606; Turnau-Förster § 881 Bem. II, 1; Neumann § 881 Bem. I, 1; and. A. Fuchs S. 102 Erl. 3; Oberneck Bd. 1 S. 286; Fischer-Henle § 881 Anm. 3.

[3]) Wurde versehentlich der Vorbehalt nicht eingetragen, so hat der Eigentümer einen Berichtigungsanspruch nach §§ 894 ff.

[4]) Endemann Bd. 2 § 14 Anm. 13; Oberneck S. 202 § 41; Fuchs S. 102; Matthiaß S. 441 III; Turnau-Förster Bem. II, 2 zu § 881 S. 144; Staudinger § 881 Bem. II, 4a; Planck § 881 Erl. 4; Biermann § 881 Anm. 1; and. A. Predari S. 607.

getragenen Post auf eine andere. Sie stellt sich nicht als eine Übertragung eines bereits eingetragenen Rechtes im ganzen dar, wie bei der Abtretung[1]) in der Weise zu denken, daß z. B. der bevorrechtigte Hypothekengläubiger die mit dem Vorbehalt belastete Hypothek in ihrer ganzen Höhe einfach übernimmt, der belastete Hypothekengläubiger aber die durch den Vorbehalt genau bezeichnete Hypothek erhält. Die berechtigten Personen treten in keine Beziehung zueinander; nur die ihnen zustehenden Rechte werden in ihrem gegenseitigen Verhältnis in der Weise geändert, daß das mit dem Range verbundene Vorrecht von dem einen Recht gelöst und mit dem vorbehaltenen verbunden wird. Die Rechte bleiben also in ihrem Umfange und ihrer Beschaffenheit ganz unberührt, da der Rang des Rechtes für seinen juristischen Charakter und Inhalt bedeutungslos ist.[2]) Nur der Wert des Rechtes, der sich praktisch in der Zwangsversteigerung des Grundstücks zeigt, wird durch die Rangänderung betroffen. Denn durch die Beifügung eines Vorbehaltes erfährt das Recht eine eigenartige Belastung, darin bestehend, daß ihr die mit dem Range[3]) verbundenen wirtschaftlichen und rechtlichen Vorteile genommen und diese einem anderen Rechte eingeräumt werden. Sie sind von solcher Wichtigkeit im praktischen Verkehrsleben geworden, daß „sie sich zu einem besonderen Vermögensgute verdichtet haben, welches im Verkehr als reales Wertobjekt behandelt wird".[4]) Auch die Protokolle (Bd. 3 S. 98) legen auf Grund der Anschauung des Verkehrs dem Rang die Bedeutung eines selbständigen wirtschaftlichen Gutes bei. Hieraus ergibt sich, daß „der durch die Rangordnung erworbene Vorzugsgenuß des eingetragenen Rechtes ein neben demselben bestehendes, auf der Grundbucheinrichtung fußendes selbständiges Recht ist, welches auf ein anderes Recht übertragen werden kann".[5])

Dieses immerhin eigenartige Recht, also auch die durch den Vorbehalt geschaffene Befugnis zur Übertragung, ist dinglicher

---

[1]) In den Protokollen Bd. 3 S. 95 findet sich wiederholt die Bezeichnung der Rangänderung als Rangabtretung.

[2]) s. Oberneck Bd. 2 S. 279; Matthiaß Ausg. 1900 Bd. 2 S. 31 II; Staudinger § 877 Bem. 1a; im Widerspruch dazu § 881 Bem. I, 4.

[3]) Als einem gesetzlichen Machtmittel zur Zurückdrängung der nachfolgenden Rechte. Jacubetzky, Bemerkung S. 221.

[4]) Endemann Bd. 2 S. 55.

[5]) Oberneck Bd. 1 S. 279; ähnlich Matthiaß Ausg. 1900 Bd. 2 S. 31; Jacubetzky S. 221; Turnau-Förster § 880 Bem. 6 u. 7; Kretschmar S. 80, 82; Planck § 880 II, 1; Staudinger § 808 Bem. II; and. A. Fuchs S. 99 Bem. 1; Biermann § 880 Bem. 3 charakterisiert die Rangänderung als eine auflösend bedingte gegenseitige Rangabtretung.

Natur[1]) sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht. Zum ersten trägt sie den Charakter der Belastung eines auf dem Grundstück ruhenden dinglichen Rechtes und belastet so indirekt das Grundstück selbst dinglich.[2]) Die subjektiv-dingliche Natur ergibt sich aus ihrer unlöslichen Beziehung zum Eigentümer; sie entspringt aus der dem Eigentümer gemäß § 903 zustehenden unbeschränkten Verfügungsmacht über sein Eigentum und ist ein Ausfluß des dinglichen Eigentumsrechtes, also untrennbar mit demselben verbunden.[3]) Im Falle der freiwilligen oder zwangsweisen Veräußerung des Grundstücks geht diese Befugnis daher auf den Erwerber als nunmehrigen Eigentümer ipso jure über, verbleibt also nicht bei dem Veräußerer (§ 881 Abs. 3).

Diese subjektiv-dingliche Natur unterscheidet den Rangvorbehalt von der Eigentümer-Grundschuld nach § 1196,[4]) wenn auch bei beiden Rechtsformen der wirtschaftliche Zweck derselbe ist; während bei Veräußerung des Grundstücks der Rangvorbehalt auf den Eigentümer übergeht, verbleibt die Eigentümer-Grundschuld dem Besteller; sie tritt nunmehr in volle Wirksamkeit und erhält die Rechtsnatur einer normalen Grundschuld.

Die dingliche Natur des Vorbehaltes darf nicht zu seiner Gleichstellung mit einer Vormerkung gemäß § 883 führen,[5]) da letztere einen obligatorischen Anspruch eines Dritten gegen den Eigentümer verkörpert, der Vorbehalt aber ein dem Eigentümer selbst zustehendes dingliches Recht, die Vornahme der Rangänderung enthält.

Die einzigste Möglichkeit für den Eigentümer, sich dieses gemäß unserer obigen Ausführung im einzelnen qualifizierte Recht der Rangänderung zu schaffen, bildet der Vorbehalt. Dem nach Eintragung einer Belastung entstehenden Bedürfnis lediglich nach Rangsicherung eines erst später einzutragenden Rechtes ist nach herrschender Ansicht durch eine Rangvormerkung gemäß § 883 abzuhelfen; der Rang des zukünftigen Rechtes bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung.[6]) Nicht

[1]) Endemann Bd. 2, 1 S. 56; Fuchs S. 102 Anm. 8; Planck § 881 Erl. 3.

[2]) Serini S. 39.

[3]) Walsmann S. 90.

[4]) Planck § 881 Erl. 1 a. E.

[5]) Serini S. 39: Alle Merkmale der Vorbemerkung sind beim Vorbehalte gegeben; S. 42: Der Vorbehalt ist eine besondere Art der Vormerkung. Vgl. hiergegen besonders Oberneck Bd. 1 S. 289.

[6]) Staudinger § 881 Anm. I, 1; Turnau-Förster § 881 Anm. II, 1; Neumann § 881 Anm. I, 1; Planck § 881 Erl. 2a; Predari S. 343, 606.

möglich ist aber die nachträgliche, d. h. bereits bei erfolgter Eintragung einer Belastung gewünschte Rangsicherung eines zukünftigen Rechtes in Verbindung mit einer Rangänderung in der Weise, daß der Eigentümer späterhin einseitig die Eintragung vornehmen kann. Der gleiche wirtschaftliche Effekt ließe sich ja in der Weise erzielen, daß der Eigentümer bei einer bereits eingetragenen Belastung A durch eine Rangvormerkung einer zukünftigen Belastung B ihren Rang sichert, B eintragen läßt und dann im Wege der Vorrangseinräumung gemäß § 880 B den Rang von A verschafft und umgekehrt. Hier ist er aber immer an die Einwilligung des Gläubigers von A gebunden, die in der Regel nur schwer zu erlangen sein wird. Will der Eigentümer sich von diesem Erfordernis befreien, also in der Lage sein, einer nachträglichen zweiten oder späteren Belastung einseitig den ersten Rang einräumen zu können, so muß er den Weg des Vorbehaltes wählen.

Zusammenfassend erkennen wir als Bedeutung des Rangvorbehaltes die Begründung der Ausübung eines vorher nicht existierenden Rechtes, nämlich der Möglichkeit, das sich in dem Range verkörpernde Vorzugsrecht zu übertragen. Der Zeitpunkt für die Erklärung des Vorbehaltes ist ein bestimmter durch die geforderte gleichzeitige Eintragung mit dem belasteten Recht.

III. Die übrigen Fälle des Vorbehaltes:

§ 17.

Der Wortlaut des § 1790 ist folgender:

> „Bei Bestellung eines Vormundes kann die Entlassung für den Fall vorbehalten werden, daß ein bestimmtes Ereignis eintritt oder nicht eintritt".

§ 1871 bestimmt das gleiche bei Bestellung des Mitgliedes eines Familienrates.

Der dem § 1790 zugrunde liegende Sachverhalt ist folgender: Ein Vormund sieht bei seiner Bestellung voraus, daß er durch den zukünftigen Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses, welches gemäß §§ 1886—1889 (Ablehnungsgründe) den Antrag auf Entlassung rechtfertigt, an der Ausübung seiner vormundschaftlichen Geschäfte gehindert wird und daher in der Lage ist, sein Amt niederzulegen. Da das betreffende Ereignis und sein demnächstiges Eintreten schon bei der Bestellung feststeht, nur der Zeitpunkt seines Eintrittes noch ungewiß ist, so verkündet er diesen Sachverhalt schon bei seiner Bestellung und vereinbart gleichzeitig seine Entlassung unter

der Suspensivbedingung des Eintritts oder Nichteintritts jenes Ereignisses. Lediglich diese Entlassung bildet den Inhalt des Vorbehaltes. Die Anwendung des Ausdrucks „Vorbehalt" erklärt sich hier aus der Verwechslung zweier Begriffe. Das tägliche Leben bezeichnet nicht nur das Mittel, durch welches ein Berechtigter sich eine Möglichkeit ferner sichert, als Vorbehalt, sondern nennt ein jedes Erklären „Vorbehalt", welches auf die Zukunft hinweist; es fehlt aber jenes Moment der Sicherung und damit Förderung der Rechtslage.

So auch hier; lediglich die Tatsache der Mitteilung der bevorstehenden Entlassung wird als Vorbehalt bezeichnet. Keineswegs will sich der Vormund durch diese Mitteilung die Entlassung ermöglichen, da sie, wenn begründet, von einem vorherigen Vorbehalt nicht abhängig ist, trotz des Vorbehaltes aber nicht eintritt bei Fehlen eines Ablehnungsgrundes.

§ 18.

Der Vorbehalt des § 1190 wird durch folgenden Textwortlaut festgelegt:

> „Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden.
>
> Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet.
>
> Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist".

Das gleiche bestimmt § 1271 bei Belastung eines Schiffes mit einer Maximalhypothek.

Die einzelnen Momente des ganzen Tatbestandes der Entstehung einer Maximalhypothek werden hier nicht gleichzeitig verwirklicht, sondern aufeinanderfolgend, so daß ein völliges Abwickeln dieses Rechtsaktes sich über einen längeren Zeitraum erstreckt. Während den Erfordernissen der Einigung über Maximalhöhe und Eintragung und des Eintragungsaktes selbst genügt ist, steht die Feststellung der einzelnen Forderungsbeträge, die bis zur vereinbarten Maximalsumme anwachsen können, ferner eventuelle nähere Einzelheiten wie Beifügung von Bedingungen, Zahl der Gläubiger,[1]) Priorität der Forderung usw.

[1]) Crome Bd. 3 S. 798; Staudinger § 1190 Anm. 2c und dort zit. Lit.

noch aus. Diesen Ausstand eines sukzessiv-verwirklichten Tatbestandes bezeichnet der Gesetzgeber in vorliegender Stelle als Vorbehalt.[1]) Die erst später erfolgende Vornahme jener Einzelhandlungen wird der Klarheit halber noch besonders betont, um anzuzeigen, daß eine Eigentümerhypothek bis dahin nicht besteht. Der in dem Vorbehalte liegende Hinweis auf die künftig vorzunehmende Feststellung jener Einzelheiten ist nur ein unwesentlicher Teil des ganzen Tatbestandes der Eintragung einer Maximalhypothek. Denn die bereits erfolgte Eintragung bewirkt unabhängig von der Entstehung und Feststellung der Forderungen schon die dingliche Gebundenheit des Grundstücks; diese Eintragung genügt, um den hypothekarischen Anspruch entstehen zu lassen. Die definitive Bestimmung des Umfanges der dinglichen Haftung durch die Erklärung des Vorbehaltes bildet keine wesentliche Voraussetzung für die Haftung selbst.

Durch diesen Vorbehalt wird also weder ein Recht geschaffen, noch erhält sich der Gläubiger die Realisierung eines Anspruches, der ohne den Vorbehalt seiner Verfügungsmacht entzogen wäre. Lediglich die belanglose Erklärung, die einen Hinweis auf eine zukünftige Handlung enthält, wird hier als Vorbehalt angesprochen.

Aus der Tatsache, daß das Fehlen des Vorbehaltes bei der Bestellung keine wichtigen Rechtswirkungen auslöst, ergibt sich auch die Möglichkeit seiner jederzeitigen Erklärung; denn ein bestimmter Zeitpunkt für die Abgabe einer Erklärung ist nur dann vorhanden, wenn die Nichtabgabe für den Erklärungsberechtigten von Bedeutung sein würde.

§ 19.

§ 2086 lautet:

> „Ist einer letztwilligen Verfügung der Vorbehalt einer Ergänzung beigefügt, die Ergänzung aber unterblieben, so ist die Verfügung wirksam, sofern nicht anzunehmen ist, daß die Wirksamkeit von der Ergänzung abhängig sein sollte".

Der § 2086 behandelt den häufig vorkommenden Fall der Erklärung des Erblassers bei Abfassung einer letztwilligen Verfügung dahingehend, daß er sich eine Ergänzung vorbehalte, später eine solche Ergänzung aber unterbleibt. Bei Bestimmung

---

[1]) Isay S. 68.

des Inhaltes dieses Vorbehaltes[1]) kann man einmal davon ausgehen, daß der Erblasser bereits bei Abfassung des Testamentes einen über den Inhalt der darin enthaltenen Willenserklärung hinausgehenden Ergänzungsbeschluß bereits gefaßt hat, aber beabsichtigt, diesen restierenden Teil erst später kundzutun. Es ist dann das Testament vorläufig noch unvollständig, und erst die Beifügung der Ergänzung würde den Eintritt seiner rechtlichen Folgen ermöglichen. Unter diesen Umständen ist der Vorbehalt eine die Wirksamkeit des Testamentes suspensiv beeinflussende Bedingung.

Eine auf Grund der Erfahrung näher liegende Erklärung über das Wesen einer solchen Ergänzung dürfte die sein, daß der Erblasser lediglich die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit betonen wollte, obwohl er augenblicklich seinen Nachlaß erschöpfend geregelt hat, später event. weitere Anordnungen treffen zu wollen. Es wäre ja nun denkbar, daß diese ausstehende Ergänzung über zweideutige Stellen der letztwilligen Verfügung klärende Bestimmungen treffen sollte. An diese Möglichkeit der Verwendung des Ausdrucks Vorbehalt ist aber vom Gesetzgeber weniger gedacht als vielmehr an die der eventuellen späteren Eintragung tatsächlicher Bestimmungen. Die als Vorbehalt bezeichnete einseitige Willenserklärung enthält in einem solchen Falle lediglich die unverbindliche Äußerung einer Absicht, demnächst eine rein willkürliche Handlung vornehmen zu wollen.

Der Erblasser will sich nicht die Vornahme jener Ergänzung für die Zukunft durch die Beifügung des Vorbehalts sichern, da er ja nicht die Möglichkeit der Ergänzung durch den Vorbehalt erst begründet. Auch wirkt der Vorbehalt nicht rechtserhaltend, da eine weitere Ergänzung auch ohne Ankündigung in der ersten Niederschrift jederzeit zulässig ist. Wir treffen also auch hier wieder jenes Vertauschen der Begriffe „vorbehalten“ und „erklären einer zukünftigen Handlung“.

§ 20.

§ 219 lautet:

> „Als rechtskräftige Entscheidung im Sinne des § 211 Abs. 1 und des § 218 Abs. 1 gilt auch ein unter Vorbehalt ergangenes rechtskräftiges Urteil“.

Eine nähere Untersuchung dieses Vorbehaltes erübrigt sich aus dem im Thema liegenden Zweck der Abhandlung. Denn

[1]) s. Mot. Bd. 5 § 1767 Abs. 1; Planck § 2086 Anm.

§ 219 enthält eine Verweisung auf das Vorbehaltsurteil, einen rein prozessualen Begriff, der für die Feststellung einer Definition des Vorbehaltes im Bürgerlichen Gesetzbuch naturgemäß nicht in Betracht kommen kann.

Dritter Teil.

Kritik und Ergebnis der Untersuchung.

§ 21.

Wie sich aus vorstehender Untersuchung ergibt, konnten wir mehrfach eine Übereinstimmung in der Bedeutung des Vorbehaltes feststellen, während wiederum andere Fälle durch ihre vollständige Einzelstellung auf eine völlig andere Bedeutung hinzuweisen schienen. Hieraus ergibt sich, daß das Gesetz ein allgemeines Rechtsgebilde des Vorbehaltes als technischen Vorbehalt nicht enthält.

Wir wollen nun im folgenden untersuchen, ob sich aus diesen verschiedenen Bedeutungen nicht eine einheitliche Begriffsbestimmung bilden läßt, die die den meisten Anwendungsfällen eigentümlichen Wesensmomente enthält. Bei dieser Feststellung müssen wir jene Bedeutung des Vorbehaltes zugrunde legen, daß man sich etwas wahren will, was ohne den Vorbehalt verloren zu gehen droht. Für die nachfolgenden Ausführungen nicht in Betracht kommen dürfen die §§ 116, 1190, 1271, 1790, 1871, 2086 u. 219. Wie wir im konkreten Falle feststellen konnten, liegt hier eine im Sprachgebrauch des täglichen Lebens übliche ungenaue Bezeichnung vor; der Vorbehalt enthielt nur den rein äußerlichen Hinweis auf die demnächstige rechtlich bedeutungslose Vornahme einer Handlung.

Unter den übrigen Fällen lassen sich zwei Hauptgruppen unterscheiden; bei der einen wirkt der Vorbehalt rechtserhaltend, bei der anderen rechtsbegründend.

Die wenigen Untersuchungen, welche bisher der Frage nach der Wesensbestimmung des Vorbehaltes nähergetreten sind, stellen sich übereinstimmend auf den Standpunkt, daß nur die erste Gruppe als ein Vorbehalt in technischem Sinne anzusehen sei. Es soll deshalb zuerst auf den Vorbehalt als rechtserhaltendes Moment eingegangen werden. Folgende Gedankenentwicklung dürfte eine genauere Vorstellung übermitteln.

Jeder Willensentschluß, der rechtlich wirksame Folgen nach sich ziehen soll, muß nach außen hin erkennbar werden. Da nun die Ordnung unseres heutigen Rechts nicht festlegt, in

welcher Weise ein Wille in der Außenwelt geltend gemacht werden muß, so sind neben einer tatsächlichen Verkündung auch solche Willenskundgebungen als Mittel zur Verlautbarung des Willens zuzulassen, die eine absolute Zuverlässigkeit eines objektiv richtigen Schlusses im konkreten Falle nicht mehr verbürgen, wie z. B. die konkludente Handlung. Die Rechtsordnung muß also in gleicher Weise wie das Leben mit relativen Größen rechnen und sich mit derjenigen Sicherheit begnügen, welche die durchschnittliche Erfahrung an die Hand gibt. Es ist nicht notwendig, daß jener Schluß der Auslegung aus unserem Verhalten ein logisch zwingender ist, wenn er nur empirisch begründet ist, d. h. der Lebenserfahrung entspricht.[1]) Demnach ist jegliches Verhalten, das nach der Lebenserfahrung einen Schluß auf einen bestimmten Willen, gerichtet auf Errichtung, Veränderung oder Aufhebung privater Rechtsverhältnisse, zuläßt, eine Willenserklärung, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Schluß im einzelnen Falle zutrifft oder nicht.[2])

In einzelnen Fällen ist dieser Schluß der Rechtsanschauung ein zwingender, einmal wenn die Rechtsfolgen der Willenserklärung unabhängig von dem Parteiwillen eintreten — z. B. vernichtet die Rückgabe eines Pfandobjekts trotz entgegenstehenden Willens des Schuldners das Pfandrecht gemäß § 1253 —, und weiterhin dann, wenn das sonstige Verhalten des Handelnden nach der Verkehrsanschauung zur Annahme eines derartigen Geschäftswillens zwingt.[3]) In letzterem Falle würde ein Protestieren des Handelnden gegen einen derartig logisch zwingenden Schluß auf seinen Willen nutzlos sein: protestatio facto contraria non valet.[4]) In allen anderen Fällen kann er, sofern er diese Folgerungen nicht wünscht, jenem Schlusse der Rechtsanschauung entgegentreten, indem er geltend macht, daß in Widerspruch mit der herkömmlichen Gewohnheit seinem Verhalten ein anders gearteter Wille unterlag. Dieses wird er einmal dann tun, wenn jener Schluß bei einer mehrdeutigen Erklärung event. zweifelhaft erscheinen könnte, besonders aber bei einem dem objektiv richtigen Schlusse entgegengesetzten Willen. Die Möglichkeit einer

[1]) Dernburg Bd. 1 S. 230; Matthiaß S. 95.

[2]) Zitelmann, Rechtsgeschäfte Bd. 2 S. 149; Cosack Bd. 1 S. 200; Danz S. 31; Isay S. 13. bes. S. 23. Nach Enneccerus (Bd. 1 S. 137) sind Willenserklärungen nur die privaten Willensäußerungen, die auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sind. Ähnlich Rehbein Bd. 1 S. 101: Keine Willenserklärungen sind die Willensbetätigungen, die für den Erklärenden keinen rechtlichen Erfolg haben, sondern nur dem Rechtsgeschäft eines anderen dienen.

[3]) Staudinger Vorbem. II zu § 116.

[4]) Crome Bd. 1 § 86 Anm. 13; Regelsberger Bd. 1 § 504.

solchen Gegenbehauptung des Erklärenden ist für ihn von großer Bedeutung, da ihn sonst, wie wir des öfteren feststellen konnten,[1]) die Pflicht des Gegenbeweises treffen würde, gerichtet auf den nicht vorhandenen nach der Verkehrsanschauung vermuteten Geschäftswillen; und ein solcher Beweis dürfte schwer, wenn nicht unmöglich zu führen sein.

Eine derartig einseitige Erklärung nennt man Verwahrung oder Protestation. Man verwahrt sich gegen eine eventuelle Auslegung seines Verhaltens und den daraus resultierenden Schluß auf den regelmäßigen Willen. Zielt diese Verwahrung darauf hin, der Aufgabe eines eigenen Rechts entgegenzutreten, so nennt man sie Vorbehalt oder Reservation.

Diese unterscheidende Formulierung verwenden in gleicher Bedeutung Isay, Staudinger, Crome, Regelsberger, Dernburg und Endemann.[2]) Einen Vorbehalt in diesem Sinne konnten wir im Bürgerlichen Gesetzbuch bei den §§ 341, 455, 464, 640, 1001, 1238 und bei dem Vorbehalte der Zahlung und Aufrechnung feststellen.

Die zweite Gruppe des Vorbehaltes als eines rechtsbegründenden Moments scheint auf den ersten Blick eine scharfe Unterscheidung zu fordern. Ihr liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

Bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts will der Handelnde, daß die aus dem Rechtsgeschäfte sich ergebenden Wirkungen eintreten. Er sieht aber die Möglichkeit voraus, daß es bei Eintritt gewisser Eventualitäten, die ihm augenblicklich nach Art, Inhalt oder Zeitpunkt ihres Eintritts unbekannt sind, wünschenswert erscheinen könnte, den verkehrsüblichen oder vom Gesetz bestimmten Eintritt der Rechtsfolgen des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zu verhindern, da diese Änderung durch die sich daran knüpfenden Wirkungen eine Verbesserung seiner Rechtslage herstellen würde. Gleichgültig ist ihm, wie dieses Loslösen seiner Gebundenheit vermittelt wird, sei es durch eine Rückauflösung des Kausalgeschäftes (§ 346) oder lediglich durch eine Modifizierung seiner Wirkungen (z. B. §§ 328, 497, 881).

Dieser Tendenz entspricht er durch eine ebenfalls Vorbehalt genannte Äußerung. Sie verschafft ihm die Möglichkeit, ein Recht auszuüben, welches die Rechtsfolgen jenes abgeschlossenen Rechtsgeschäftes ganz oder teilweise beseitigt. Dasselbe wird durch den Vorbehalt erst ins Leben gerufen, da es vor der Er-

[1]) s. S. 8 Anm. 2, S. 9 Anm. 3 und S. 18. der Abhandl.

[2]) Isay S. 66; Staudinger Bd. 1 S. 366; Crome Bd. 1 S. 383; Regelsberger Bd. 1 S. 504; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 230; Endemann Bd. 1 S. 297/98 Anm. 25.

klärung noch nicht vorhanden ist. Der Vorbehalt wirkt also rechtsbegründend. Diesen Vorbehaltsbegriff finden wir in den §§ 328, 331, 332, 346, 357—360, 455, 497, 503, 506, 881, 1253, 2293, 2298.

Trotz dieser doppelten Wirkung dieses Vorbehaltes sind dennoch gemeinsame Momente vorhanden, die zu einer einheitlichen Definition führen. Der Versuch Bekkers,[1]) eine einheitliche juristische Struktur aller jener unter den rechtserhaltenden und den rechtsbegründenden Vorbehalt subsumierten Fälle zu bilden, indem er das ihnen gemeinsame Moment als „Erhaltungsakte" und den Vorbehalt als „Rechtsgeschäft lediglich zur Erhaltung eines gegenwärtigen Rechtsbestandes" anspricht, bringt keine Klarheit; denn er würde nur die Gruppe des rechtserhaltenden Vorbehaltes treffen. Ein wichtiges, in beiden Fällen des Vorbehaltes vorhandenes Wesensmoment bildet die Tatsache, daß durch den Vorbehalt dem Erklärenden die Ausübung eines Rechts ermöglicht wird. Diese beruht einmal auf dem Umstande, daß ein Recht vor dem Untergang durch ein Durchkreuzen des von der Auslegung gezogenen Schlusses auf seine Verneinung bewahrt wird; andererseits darauf, daß die Möglichkeit der Durchführung des Rechts erst neu geschaffen wird. Ein weiteres gemeinsames Moment liegt in der Absicht des Erklärenden, durch den Vorbehalt seine allgemeine Rechtslage zu fördern. Diese Momente genügen völlig, um den Versuch einer einheitlichen Definition durch Festlegung mehr allgemeiner Gesichtspunkte zu rechtfertigen.

Wir können daher unsere Definition dahin fassen:

Der Vorbehalt ist eine Willenserklärung, die die Ausübung eines Rechts zur Förderung der allgemeinen Rechtslage vermittelt.

Unwesentlich ist die Art und der Inhalt jenes ermöglichten Rechts. Es kann sein ein dingliches Recht (§§ 455, 881, 1238) oder ein obligatorisches Recht (§§ 346 ff., 341, 464, 640, 1001, 497).

Wie für das Wesen des Vorbehaltes keine allgemeine Regelung aufgestellt ist, so finden wir auch keine allgemeinen Formvorschriften. Dieselben ergeben sich aus der im Wesen des Vorbehaltes liegenden Verbindung mit dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft. Obwohl der Vorbehalt ein selbständiges Rechtsgeschäft bilden kann, steht er dennoch mit der Hauptwillenserklärung, welche er beeinflussen soll, in derart engem Zusammenhang, daß er bezüglich seiner Kundgebung den gleichen Bestimmungen unterworfen ist, welche die Hauptwillenserklärung

[1]) Bekker Bd. 2 S. 272 § 111.

beeinflussen. Daß er überhaupt erklärt werden muß, besagt § 116, der ein nicht in die Außenwelt gelangtes Willensmoment als nicht vorhanden und wirkungslos statuiert. Wie jede Willenserklärung kann auch der Vorbehalt stillschweigend erklärt werden und sich aus dem Vorbehalt ergeben.

Ein zu spät eingelegter Vorbehalt ist an und für sich bedeutungslos; er hat nur noch unter den Voraussetzungen einen Erfolg, unter denen auch die Behauptung einer Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung rechtserheblich ist, wie bei Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Handlung.

Der Vorbehalt kann eine einseitige und eine zweiseitige Willenserklärung sein. In dieser Hinsicht ist seine Natur bedingt durch die Natur des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes, dessen Wirkungen durch den Vorbehalt betroffen werden.

Hieraus ergibt sich zugleich auch, wann und wie lange der Vorbehalt erklärt werden kann. Regelmäßig fällt der Zeitpunkt der Erklärung mit dem der Willenserklärung, deren Schlüssigkeit er beeinflussen soll, zusammen. Die §§ 341, 464, 640 besagen ausdrücklich, daß er „bei der Annahme“ erklärt werden soll. Doch ist eben in allen Fällen eine gesetzliche Bestimmung nicht getroffen. Regelmäßig ergibt sich bei Vertragsnatur des Vorbehaltes eine nicht zeitlich begrenzte Ausübung, die nur durch solche Momente unmöglich gemacht wird, deren Wegfallen eine Vorbehaltserklärung illusorisch machen würden. Nur § 881 macht hier eine Ausnahme;[1]) die zweiseitige Willenserklärung des Rangvorbehaltes kann nur bei gleichzeitigem Erfolgen mit der Belastung kraft positiver Gesetzesbestimmung Rechtswirkungen ausüben.[2]) Dagegen ist bei einer einseitigen Vorbehaltserklärung regelmäßig der Zeitpunkt der Erklärung festgelegt.

Vierter Teil.

Ist in der Nichtausübung des Vorbehaltes ein Verzicht zu erblicken?

§ 22.

Es ist noch zu untersuchen, welche Bedeutung das Nichtausüben des Vorbehaltes trägt, insbesondere ob hier von einem Verzicht gesprochen werden darf.

[1]) s. S. 45 der Abhandl.

[2]) Auch der nicht im BGB. enthaltene Vorbehalt bei der Zahlung ist terminiert, s. S. 21 der Abhandl.

Bei der nachfolgenden Untersuchung muß scharf zwischen dem Nichtausüben des Vorbehaltes, d. h. der Nichtabgabe der Vorbehaltserklärung und zwischen dem Nichtausüben des durch den Vorbehalt ermöglichten Rechtes unterschieden werden.

1. Die Nichtabgabe der Vorbehaltserklärung.

Es ist unbestritten, daß der Erklärungsberechtigte niemals zur Abgabe seiner Willenserklärung gezwungen werden kann. Es steht ganz in seinem Belieben, ob er sie abgeben will oder nicht, da zu einem Rechte stets die Dispositionsbefugnis, d. h. die freie Willensherrschaft des Rechtssubjekts über den Inhalt desselben als ein Ausfluß des Rechtes selbst gehört. Keineswegs liegt hierin aber zugleich auch die Beantwortung der Frage nach der Willensherrschaft über das Recht seiner Existenz nach.[1]) Bevor wir diesen Gesichtspunkt ventilieren und also untersuchen, ob in der Nichtabgabe ein Verzicht zu erblicken ist, erscheint es erforderlich, kurz die allgemeine Bedeutung des Verzichtes festzulegen.

Er ist nach Meißels[2]) „ein Rechtsgeschäft, womit der Berechtigte in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes über dasselbe verfügt, daß es ganz oder zum Teil untergehen solle".[3]) Walsmann[4]) erklärt in seiner eingehenden Untersuchung den Verzicht als „das auf dem Willen des Berechtigten beruhende Aufgeben von Vorteilen, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung gewährleistet sind". Unter die Vorteile zieht er sowohl Rechte des Verzichtenden als auch vom Gesetz zugunsten des Verzichtenden aufgestellte Verfahrensvorschriften. Inwieweit die Abgrenzung der Verzichtsbasis bezüglich des letzteren Punktes berechtigt ist, kann hier nicht untersucht werden, da es sich im nachstehenden nur um Rechte als Gegenstand eines Verzichtes handelt. Untersuchen wir an Hand dieser Definition, ob in dem Unterlassen der Vorbehaltserklärung ein Verzicht zu erblicken ist. Wir müssen hier auf die doppelte Bedeutung des Vorbehaltes als eines rechtserhaltenden und rechtsbegründenden Momentes zurückgreifen. Bei dem letzteren Vorbehalt wird das Recht, dessen Ausübung ermöglicht wird, durch den Vorbehalt

[1]) Walsmann S. 67, dort zit. Lit. in Anm. 1 a. a. O.

[2]) Grünhuts Zeitschr. Bd. 18 S. 669.

[3]) Ähnlich Dernburg, Pand. Bd. 1 § 83 S. 185. Zuweit geht m. E. die Definition Cohns S. 251: „Der Verzicht ist eine Willenserklärung oder eine Willensbetätigung, gerichtet auf Aufgabe einer Rechtsposition. . . Man kann verzichten da, wo man noch kein Recht hat; dann verhindert man den Rechtserwerb".

[4]) Walsmann S. 41/42.

erst geschaffen. Wenn also die Vorbehaltserklärung unterbleibt, so unterläßt der Berechtigte den Erwerb eines Rechtes. Das Nichterwerben von Rechten, die man erwerben könnte, ist aber kein Verzicht.[1]) Denn da ein Recht noch nicht existiert, kann von seiner Aufgabe nicht die Rede sein. Bei dem rechtserhaltenden Vorbehalt wird durch das Unterlassen der Erklärung die Möglichkeit der Ausübung eines bereits erworbenen Rechtes abgeschnitten. In dem Unterlassen der Perpetuierung liegt nun allerdings eine Aufgabe desselben, da kraft positiver Gesetzesbestimmung der Untergang des Rechts die unausbleibliche Folge ist. Dennoch ist hierin ein Verzicht nur dann zu erblicken, wenn — gemäß unserer Definition — das Aufgeben des Rechtes ein gewolltes ist und dieser Wille als der ausschließliche Grund für den Untergang des Rechtes durch eine Erklärung des Verzichtenden zum Ausdruck gebracht wird.[2]) Wird also der Erklärungsberechtigte zum Unterlassen der Vorbehaltserklärung nur durch seinen freien Willen, nicht infolge eines unabwendbaren Zwanges äußerer Umstände bestimmt, so liegt hier ein Verzicht vor.

Fraglich könnte noch sein, ob aus der Tatsache, daß der Verzicht Vertragsnatur besitzen kann, hindernde Kontroversen entstehen. Aus den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist aber ein Anhalt für die Ansicht, daß der Verzicht der Annahme bedürfe, nicht zu ersehen.[3]) Dieses folgt als argumentum e contrario aus dem Umstande, daß regelmäßig an den Stellen, an welchen der Gesetzgeber zur Wirksamkeit eines Verzichtes die Vertragsform verlangt — §§ 2346, 1136 und im Recht der Schuldverhältnisse nach Maßgabe des § 305 —, dieses Erfordernis betont ist. Auch Walsmann[4]) sieht in der Verzichtsaktion eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, sofern nicht besondere Gründe ausnahmsweise ein anderes erfordern oder das Gesetz selbst unmittelbar den Vertrag vorschreibt. Bei keinem der im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Vorbehaltsfälle ist nun das Nichterklären des Vorbehaltes an die Annahme des Kontrahenten gebunden. Aus dem Gesagten folgt, daß das freiwillige Nichterklären eines rechtserhaltenden Vorbehaltes als eine stillschweigend geäußerte Verzichtserklärung anzusehen ist.

---

[1]) Walsmann S. 42; Meißels in Grünhuts Zeitschr. Bd. 18 S. 666; and. A. Cohn S. 251 (s. Anm. 3 auf S. 58 der Abhandl.).

[2]) Meißels in Grünhuts Zeitschr. Bd. 18 S. 668; Walsmann S. 42: „Das geltende Recht kennt keinen Verzicht, bei dem die Verzichtsaktion nicht in einer auf rechtserheblichem Willen des Verzichtenden beruhenden Erklärung besteht“; vgl. auch S. 17 Anm. 1.

[3]) Cohn in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 260/61; Matthiaß § 46 III A 2.

[4]) Walsmann S. 197.

2. Das Nichtausüben des durch den Vorbehalt vermittelten Rechtes.

Wie schon oben gesagt, kann in dem Nichtausüben dieses Rechtes nur dann ein Verzicht erblickt werden, wenn das Recht durch das Nichtausüben untergeht und dasselbe lediglich auf den Willen des Berechtigten zurückzuführen ist. Dieser letzte Punkt bedarf keiner Erörterung. Wie steht es aber mit dem Untergang des Rechtes? Die Antwort kann hier nicht allgemein gegeben werden. Maßgebend ist, ob eine Gesetzesbestimmung im konkreten Falle den Verlust des Rechtes bei Nichtausübung desselben bestimmt.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Walther Matthias August Beyer, geboren am 21. Mai 1889 zu Crefeld als Sohn des Arztes, jetzigen Sanitätsrats Dr. med. Karl Beyer, evangelisch, besuchte das Realgymnasium und Gymnasium zu Crefeld. Letzteres verließ er Ostern 1908 mit dem Reifezeugnis, um Rechtswissenschaft zu studieren. Er besuchte die Hochschulen Marburg (Lahn) und Bonn und bestand nach sechssemestrigem Studium am 1. August 1911 die erste juristische Prüfung. Am 2. August 1912 fand die mündliche Promotionsprüfung vor einer hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock in Mecklenburg statt.